UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DU SORT DES HYPOTHÈQUES CONSENTIES PENDANT L'INDIVISION PAR UN HÉRITIER DÉBITEUR DE RAPPORT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Mardi 22 Décembre 1908, à 1 heure 1/2

PAR

Marcel LECROQ

Président : M. Eugène GAUDEMET, *professeur*.

Suffragants : MM. LOUIS-LUCAS, id. ; PERCEROU, id.

DIJON
IMPRIMERIE BARBIER — L. MARCHAL, Sr
5, rue Docteur-Chaussier, 5
—
1908

DU SORT
DES HYPOTHÈQUES
CONSENTIES
PENDANT L'INDIVISION
PAR UN HÉRITIER
DÉBITEUR DE RAPPORT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DU SORT
DES HYPOTHÈQUES
CONSENTIES
PENDANT L'INDIVISION
PAR UN HÉRITIER
DÉBITEUR DE RAPPORT

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences Juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON
Le Mardi 22 Décembre 1908, à 1 heure 1/2

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE DE DROIT

PAR

Marcel LECROQ

Président : M. Eugène GAUDEMET, *professeur.*
Suffragants : MM LOUIS-LUCAS id.
PERCEROU id

DIJON
IMPRIMERIE BARBIER — L. MARCHAL, Sr
5, rue Docteur-Chaussier, 5
1908

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542705_0023

INTRODUCTION

Un problème des plus intéressants s'est posé ces derniers temps au cours de procès qu'eurent à juger plusieurs tribunaux et Cours d'appel et même la Cour de Cassation.

Si l'on ouvre au hasard un recueil de jurisprudence d'une de ces dix dernières années, on est sûr d'y trouver une ou plusieurs décisions sur le cas auquel nous faisons allusion, cas tout particulier du reste. On peut en juger par l'exemple suivant dans lequel nous citons les chiffres même du procès le plus retentissant qui ait eu lieu sur la question (1).

Une personne meurt laissant quatre (2) enfants.

---

(1) Ce procès a donné lieu à la jurisprudence suivante : Trib. de St-Claude : 28 août 1901. — Besançon : 15 novembre 1901.— S. 1905, 2. 89. — D. 1906, 1. 42. - Cass. civ. 21 juin 1904. — S. 1905. 1. 273. — D. 1906. 1. 42. — Lyon : 29 mars 1905. — S. 1905. 2. 242. — D. 1906. 2. 27. — Cass. ch. réunies 4 et 5 décembre 1907. S. 1908. 1. 5. — D. 1908, 1. 113.

(2) En réalité dans le procès dont nous tirons exemple, il ne s'agissait que de trois héritiers. Mais l'un étant légataire préciputaire du quart des biens meubles et immeubles laissés par le *de cujus*, les comptes de la succession devront être établis exactement comme s'il y avait non pas trois, mais quatre héritiers. Nous avons pris ce dernier chiffre pour simplifier l'exposé.

L'un d'eux prend possession de l'hérédité composée de deux immeubles impartageables et s'occupe de l'administration de ceux-ci.

Quelques années plus tard, il est déclaré en faillite et survient un jugement ordonnant la liquidation et le partage de la succession.

Notre héritier se trouve débiteur de la succession de 42.000 francs qu'il devra rapporter en moins prenant.

En ajoutant à cette somme 63 000 francs provenant de la vente des immeubles on a une masse à partager de 105.000 francs. Il doit donc être fait attribution à l'héritier débiteur d'une somme de $\frac{105.000}{4} = 26.250$ francs, dont il ne devra rien toucher par suite du rapport des dettes dues par lui.

En sorte que cette attribution faite, comme les dettes dépassent la part héréditaire de 42.000 — 26.250 = 15.750 francs, notre héritier non seulement ne doit rien recueillir dans la succession, mais encore rester débiteur envers elle de 15.750 francs.

Jusqu'à ce point de notre exemple, les situations sont simples. Mais entre temps, c'est-à-dire pendant l'indivision, l'héritier tenu du rapport de dettes a contracté un emprunt de 27.000 francs en donnant comme garantie à son créancier une hypothèque sur les immeubles indivis dépendant de la succession.

Lors de la licitation ces immeubles sont adjugés à une personne étrangère à la succession, et c'est alors que des ordres ayant été ouverts pour la distribution du prix, apparaît le créancier hypothécaire qui produit pour le montant de sa créance de 27.000 francs,

ou tout au moins conclut à être colloqué pour une somme égale à la part héréditaire de son débiteur et à toucher 26.250 francs.

Si on accepte sa prétention, il ne perdra lui que 750 francs mais les héritiers créanciers du rapport se verront frustrés en bloc de 26.250 francs, leur recours contre le débiteur de rapport insolvable étant illusoire. Si, au contraire, on la rejette c'est lui qui perdra ces 26.250 francs qui serviront à remplir en partie les cohéritiers du rapport à eux dû.

Tel est entre les héritiers et le créancier hypothécaire, le conflit qui donna lieu à de multiples jugements et arrêts et souleva des controverses doctrinales passionnées.

Résoudre ce conflit se borne à décider du sort des hypothèques consenties pendant l'indivision par l'héritier débiteur de rapports. Mais de quelque côté qu'on se tourne, on n'aperçoit pas à première vue comment solutionner le problème.

La difficulté vient de ce que l'immeuble, lors de la licitation, a été acquis par une personne étrangère à la succession. S'il l'avait été par l'un des cohéritiers, le conflit recevrait une solution très simple par suite des dispositions de l'article 883 du Code civil : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

L'immeuble adjugé à l'un des cohéritiers serait censé lui avoir appartenu dès l'ouverture de la suc-

cession et subsisteraient sur lui seulement les hypothèques consenties par ce cohéritier adjudicataire.

Mais la licitation s'étant dénouée au profit d'un tiers, la règle établie par l'art. 883 s'appliquera-t-elle ? C'est un point très discuté comme nous le verrons plus loin. Et si on n'admet pas son application, ce qu'a fait la Cour de Cassation pendant les vingt années qui séparent 1887 de 1907, c'est-à-dire pendant la période où les procès sur la question furent précisément les plus nombreux, dans quel sens règlera-t-on le conflit ?

Pour résoudre un problème de nature juridique, il faut avant tout, se baser sur les textes des lois.

Or, d'une part sont des cohéritiers, qui réclament le bénéfice d'un principe servant de cadre à de nombreuses dispositions de notre Code civil. Nous voulons parler du principe de *l'égalité des copartageants* qui ressort nettement à la lecture des articles 745, 826, 831, 832, 833, 834, pour ne citer que les principaux. En ce qui concerne plus particulièrement les *rapports*, ce principe domine encore les articles 829, 843, 856, 858 d'après lesquels, si l'un des héritiers a été avantagé même avant la mort du *de cujus*, il ne doit pas conserver cet avantage lorsque la succession sera réglée définitivement par le partage, à moins que le défunt n'en ait exprimé formellement la volonté.

Mais, d'autre part, se trouve un créancier hypothécaire qui a dans son hypothèque une sûreté réelle et pourra se faire payer sur le prix du bien hypothéqué par préférence aux autres créanciers (art. 2093, 2094, 2169, C. civ.). A côté de l'égalité des copartageants le

Code légitère sur la *sûreté conférée par l'hypothèque.*

Comment, dans le cas présent, respecter l'un de ces principes sans violer l'autre ? Cela paraît difficile et la solution ne se dégage pas bien nettement d'après les textes.

Mais si on laisse ceux-ci un instant pour porter le problème sur le terrain de l'équité pure, le sens dans lequel il faudra le résoudre apparaît d'une façon plus précise.

Les créanciers hypothécaires se montrent sous un jour beaucoup moins favorable que les cohéritiers. Leur situation perdra tout intérêt si l'on songe que, souvent, elle sera le résultat de manœuvres frauduleuses. Même s'ils sont de bonne foi, ils auront tout au moins commis une grosse imprudence en prêtant sur un immeuble indivis qui peut sortir de leur gage s'il est acquis par un cohéritier.

Par contre, il paraîtrait bien injuste de frustrer les cohéritiers du rapport qui leur est dû alors qu'ils n'ont aucun moyen efficace de sortir de la position fâcheuse qu'ils n'ont pas choisie et où le hasard seul les a mis.

Ces considérations d'équité, parurent décisives aux Cours d'appel qui, à quelques exceptions près, orientèrent leur interprétation des textes du Code vers la préférence des cohéritiers.

Mais le conflit ne fut pas solutionné pour autant ; au contraire son intérêt augmenta à partir de 1887, car la Cour de Cassation refusa dès lors, et jusqu'en 1907, de confirmer la théorie des Cours d'appel. On put constater, pendant vingt ans, ce fait non sans

précédent mais à coup sûr peu fréquent et digne de remarque : l'opposition presque complète de la Cour de Cassation et des Cours d'appel sur la solution, la première donnant la préférence aux créanciers hypothécaires, les autres aux héritiers créanciers du rapport.

Devant ces controverses jurisprudentielles longues et ardentes les juristes se sont passionnés et les études doctrinales se multiplièrent dans les revues juridiques et les notes des recueils périodiques de jurisprudence. Les praticiens, et parmi eux surtout les notaires, laissèrent aussi transparaître leur émotion dans les publications spéciales à leur profession.

Et il faut constater que la grande majorité des auteurs adopta, avec les Cours d'appel, la théorie favorable aux cohéritiers. Pourquoi donc la Cour de Cassation refusait-elle de l'admettre ? Parce qu'elle estimait cela impossible en présence de l'inapplicabilité de l'art, 883 du C. civ. à la licitation au profit d'un tiers, qu'elle sanctionnait. Pourtant, après la longue résistance dont nous avons parlé, la Cour suprême impressionnée, elle aussi, par les motifs d'équité qui militent en faveur des cohéritiers, leur accorda gain de cause par l'arrêt qu'elle rendit, chambres réunies, le 5 décembre 1907. Mais elle ne trouva pas d'autre moyen, pour ce faire, que de rendre à la licitation au profit d'un tiers le bénéfice de l'effet déclaratif.

Etait-il impossible d'arriver à la même solution par un autre procédé ? Nous ne le pensons pas.

Quoi qu'il en soit, nous croyons pouvoir, dès main-

tenant, prétendre que le problème que nous avons exposé offre le plus grand intérêt. En raison de son importance tout d'abord : il met en opposition deux des grands principes qui régissent notre Code civil. Puis en raison de son actualité, puisque les plus gros et plus nombreux procès qu'il ait suscités ont été plaidés et jugés pendant ces dix dernières années. Enfin, en raison des hésitations de la jurisprudence sur sa solution qui fut, d'une manière générale, différente devant la Cour de Cassation et devant les Cours d'appel.

Nous nous proposons d'exposer les controverses qui précédèrent la résolution définitive du problème. Mais il ne faut pas oublier que celui-ci parut si difficile et compliqué par suite de cette circonstance, que lors de la licitation des immeubles impartageables, l'adjudication a lieu au profit d'une personne étrangère à la succession. Nous avons dit que la question de savoir si l'article 883 du Code civil s'appliquait ou non à la licitation tranchée au profit d'un tiers n'avait pas toujours été résolue uniformément par la jurisprudence. Il nous paraît donc utile, sinon indispensable, de montrer brièvement, dans un chapitre préliminaire, quelles ont été les variations de la jurisprudence sur la portée de l'art. 883 C. civ.

Ceci fait, nous rechercherons quel sera le sort des hypothèques consenties pendant l'indivision par un héritier débiteur de rapport, en divisant ces recherches en trois parties.

Dans la première, après avoir examiné tous les cas pouvant se rattacher au problème, nous montrerons

comment, en équité, les cohéritiers sont plus dignes d'intérêt que les créanciers hypothécaires.

Dans la deuxième, nous exposerons comment on peut arriver à la solution du conflit sans étendre les dispositions de l'art. 883 C. civ. à la licitation au profit d'un tiers.

Dans la troisième, nous étudierons une solution préférable, selon nous, à celle qu'a donnée la Cour de Cassation par le moyen de l'interprétation large de cet article 883.

Nous conclurons, enfin, en cherchant s'il ne serait pas possible d'éviter le conflit qui donne lieu au problème par des moyens empruntés à des législations étrangères.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Variations de la jurisprudence sur la portée de l'article 883 du Code civil

La difficulté qu'il y a à résoudre le conflit, objet de notre étude, provient, avons-nous dit, de ce fait que lors de la licitation l'immeuble a été acquis par un tiers. Suivant qu'on admettra ici ou qu'on n'admettra pas l'application de l'article 883 C. civ., les raisonnements pouvant servir de base à une solution seront tout différents.

C'est ce qui explique l'opportunité d'un examen rapide des diverses solutions de la jurisprudence sur cette question de la portée plus ou moins grande de l'article 883, qui institue ce qu'on appelle communément *la fiction de l'effet déclaratif du partage*.

Nous ne prétendons pas étudier ici à fond ce dernier problème (1). Il dépasse du reste en étendue et

(1) Au moment où nous mettons sous presse (30 novembre 1908) nous avons connaissance d'une très remarquable thèse de doctorat dans laquelle est présentée précisément une théorie

en importance celui du cas particulier qui nous occupe. Mais nous croyons nécessaire de présenter au moins un résumé des phases par lesquelles est passée l'interprétation jurisprudentielle.

SECTION PREMIÈRE

D'où est issue la règle édictée par l'art. 883 C. civ.

On sait que la règle édictée par l'art. 883 n'existait pas en droit romain. Dans cette législation, le partage était au contraire translatif de propriété. Chacun des copartageants transférait aux autres le droit qu'il avait sur chaque objet à eux échu par partage, et par contre recevait d'eux le droit qu'ils avaient sur les objets mis dans son lot. De cette façon il ne recueillait ceux-ci que grevés des servitudes, droits réels, hypothèques consentis pendant l'indivision par ses copartageants (1).

---

générale de l'effet déclaratif en droit français. Cette thèse a été soutenue devant la Faculté de droit de Dijon par M. Marc Desserteaux, le 28 novembre 1908. Nous aurons l'occasion d'y renvoyer à diverses reprises, malheureusement dans de simples notes. Nous regrettons vivement qu'un intervalle si court ait séparé l'impression de notre exposé de l'apparition du très intéressant ouvrage de M. Desserteaux, dans lequel nous aurions pu puiser les renseignements les plus utiles.

(1) Dig. XX, 4. *Qui potiores in pignore*, L. 3, § 2. — Dig. X, 3. *Communi dividundo*, L. 6, §§ 8 et 9. — Dig. XX, 6. *Quibus modis pignus*, L. 7, § 4. — Dig. XXXIII, 2. *De usu et usufructu et reditu*, etc. L. 31.

Dans notre ancien droit, la doctrine romaine fut suivie jusqu'au XIII^e^ siècle. A ce moment, pour essayer de repousser les prétentions des seigneurs féodaux qui, en cas de partage, percevaient *des droits de relief et de lods et ventes*, les Bartholistes bâtirent sur un texte d'Ulpien (1) *la théorie des aliénations* nécessaires. D'après cette théorie, les copartageants ne doivent les droits de lods et ventes que s'ils aliènent volontairement et non s'ils sont *provocati communi dividundo*.

Au XVI^e^ siècle cette théorie fut reprise et élargie par d'Argentré (2). Puis Dumoulin la transporta du terrain des pratiques fiscales sur le terrain du droit civil et émit le système suivant lequel : le partage n'est pas une aliénation, mais une simple attribution de part qui consolide le droit des héritiers, ce droit étant par conséquent antérieur au partage (3).

En pratique, cette théorie ne fut pas admise de suite ; elle donna lieu à des discussions célèbres aux-

---

(1) Dig. XIII, 1, 12. *Ulpianus lib. 38. Ad. Edict... fg 1.*

(2) Traité des lods et ventes, § 53. — Avis sur le partage des nobles, § 40.

(3) Une théorie toute nouvelle vient d'être présentée par M. Desserteaux (op. cit.). Suivant celle-ci, l'effet déclaratif ne tirerait pas son origine d'une résistance contre la fiscalité féodale. Il aurait été inventé au XVI^e^ siècle pour « produire des résultats d'ordre exclusivement civil, tel que la résolution des hypothèques. » V. Op. cit., n^os^ 55 à 59. Nous sommes séduits par le raisonnement qui conduit M. Desserteaux à cette conclusion et nous serions étonnés qu'elle ne vînt pas modifier les idées jusqu'à ce jour universellement admises sur les origines de l'effet déclaratif.

quelles prirent part, avec Dumoulin (1): Lemaître (2), Jean Favre (3), d'Argentré et tous nos plus fameux feudistes. Dumoulin ne vit pas la fin de la controverse. Elle fut tranchée après sa mort par le Parlement de Paris dans ses arrêts du 8 juin 1569 (4), du 20 juillet 1571 (5), du 6 mai 1581 (6), du 2 août 1595 (7), du 3 septembre 1633 (8), rapportés par Louët (9), et qui proclamèrent tous que : « l'effet du partage n'était pas seulement *ut quis non teneatur in communione manere*, mais à ce que chacun puisse jouir séparément et sans autre charge que de sa part des droits de la succession. »

Dès lors, chacun des héritiers était réputé avoir succédé directement au défunt lui-même. C'est de ce dernier et non de ses copartageants qu'il tenait ses droits. La théorie de *l'effet déclaratif* du partage était nettement posée.

Plus tard, Pothier donna même la formule qui est passée dans le Code civil. Il dit (10) : « Le principal effet du partage est de déterminer la portion de chacun des cohéritiers et de la restreindre aux seuls effets

---

(1) Coutume de Paris, § 1er. Glose 9, nos 44 et 45.
(2) Commentaire sur l'ordonnance des criées, ch. 34.
(3) Sur la loi unique : *Si cum res pign. data sit.*
(4) 5e Ch. des enquêtes : Versois contre veuve Carard.
(5) 1re Ch. des enquêtes : De Laulne contre Ferrières.
(6) Pineaux contre Gentils.
(7) 5e Ch. des enquêtes.
(8) 2e Ch. des enquêtes. Dulac.
(9) Arrêts notables. Lettre H, XI, p. 817.
(10) Tr. des succ. chap. IV, art. 59 (Ed. Bugnet, VIII, p. 186).

qui lui sont assignés par son lot, de manière que *chaque cohéritier soit censé avoir seul succédé immédiatement au défunt à tous les effets compris dans son lot et n'avoir succédé à aucun de ceux compris dans le lot de ses cohéritiers.* Le partage n'est donc pas considéré comme un titre d'acquisition par lequel chaque héritier acquiert de ses cohéritiers les portions indivises qu'ils avaient dans les effets qui lui ont été assignés pour son lot; mais c'est seulement un acte déterminatif des choses auxquelles chaque cohéritier a succédé au défunt, chacun des cohéritiers qui n'était héritier qu'en partie n'ayant pu succéder au tout, mais seulement à celles que lui assignerait un jour le partage que la nature de l'indivis de la succession exigeait. »

Les conséquences qu'il tirait de ces principes peuvent nous intéresser. « Dans notre jurisprudence, écrivait-il (1), les créanciers particuliers de chaque héritier ne peuvent prétendre aucune hypothèque que sur les biens échus du lot de l'héritier leur débiteur. » « Chacun des cohéritiers, ajoutait-il (2), n'a pu hypothéquer à ses créanciers le droit qu'il avait dans la succession qui lui est échue que tel qu'il l'avait. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet!* Or chacun des cohéritiers n'avait avant le partage qu'un droit indéterminé dans les biens de la succession, qui devait se restreindre et se déter-

(1) Ed. Bugnet, I, n° 96, p. 519.
(2) VIII, P. 186.

miner aux seuls effets compris dans son lot qui sont susceptibles d'hypothèques, et s'évanouit complètement s'il ne lui échoit en son lot aucunes choses qui en soient susceptibles ; le cohéritier, n'étant censé avoir succédé qu'à ce qui lui échoit dans son lot, n'a pu hypothéquer à ses créanciers que les effets qui lui échéerraient dans son lot. »

Tels sont les effets du partage en droit français au dernier état de notre vieille jurisprudence, et telle est la règle que notre Code civil a transportée de Pothier dans son art. 883.

SECTION II

L'effet déclaratif depuis 1804 dans la licitation au profit d'un tiers

Avec de semblables précédents historiques, on aurait pu s'attendre à voir cette fiction de l'effet déclaratif continuer à s'élargir sans contestations dans la jurisprudence du XIX^e^ siècle. Or, il n'en fut pas ainsi.

En 1904, dans le *Livre du Centenaire du Code civil* (1), M. Wahl disait : « Ce que présentent de très particulier les problèmes relatifs à l'effet déclaratif du partage, c'est que, posés pour la première fois plusieurs siècles avant le Code civil, tranchés d'une manière qu'on aurait pu croire irrévocable par les Parlements, ils ont cependant, en face d'un texte qui prétendait condenser l'expression de l'ancienne

(1) Tome I^er^, p. 443.

jurisprudence — l'article 883 du C. civ. — été agités de nouveau dès la promulgation du Code, suscité des conflits extrêmement vifs dans la doctrine et dans la jurisprudence et provoqué des changements ininterrompus dans les directions suivies par cette dernière.

« Ce qu'ils présentent également de fort remarquable, c'est que, malgré les occasions presque quotidiennes qu'ont eues la Cour de Cassation et les tribunaux de statuer sur ces problèmes, malgré leur caractère fondamental, malgré les troubles que les incertitudes de la jurisprudence apportaient aux relations sociales, les luttes et les revirements se sont perpétués jusqu'aujourd'hui, et que, sur les questions les plus importantes aux deux points de vue théorique et pratique, l'évolution définitive n'est pas achevée. »

L'est-elle maintenant? Peut-être. L'arrêt des Chambres réunies de la Cour suprême du 5 décembre 1907 semble bien mettre fin aux controverses jurisprudentielles en acceptant l'interprétation large de l'article 883.

En parcourant les recueils périodiques on peut constater que depuis la promulgation de notre Code civil en 1804, jusqu'à cet arrêt de 1907, les hésitations de la jurisprudence portèrent surtout sur l'applicabilité de l'article en question à la licitation tranchée au profit d'un tiers adjudicataire que rien ne rattache à l'indivision (1).

---

(1) Il y eut controverse aussi sur le point de savoir si l'effet déclaratif se produisait quand le partage ne faisait pas cesser l'indivision d'une façon complète. La Cour de cassation ne

C'est sur ce dernier cas que statue l'arrêt des Chambres réunies. C'est dans celui-là seul, du reste, que la portée plus ou moins grande de la fiction de l'effet déclaratif est pour nous intéressante.

Les discussions jurisprudentielles touchant cette question ont passé par trois phases successives (1).

§ 1er. — Première phase : De 1804 à 1887

Tout d'abord, la Cour de Cassation et, comme elle, les Cours d'appel, étendirent les dispositions de l'art. 883 à la licitation au profit d'un tiers.

---

l'admit d'abord pas (13 août 1838. — S. 1838, 1. 701. — 3 décembre 1839. — S. 1839. 1. 903. — 8 mars 1874. — D. 1876. 1. 369. — 23 avril 1884. — D. 1885. 1. 19. — 17 novembre 1890. — D. 1891, 1. 25. — 3 décembre 1890. — D. 1891. 1. 219. — 4 mars 1891. — D. 1891. 1. 313). Mais elle tend, dans son dernier état (21 mai 1895. — D. 1896. 1. 9. — S. 1895. 1. 350) (9 novembre 1903. — D. 1906. 1. 355) à admettre que si tous les cohéritiers concourent à l'acte de partage, il n'y a plus continuation de l'indivision successorale, mais constitution d'une indivision nouvelle qui a sa cause dans la convention et, par conséquent, que l'art. 883 s'applique.

Le bénéfice de l'art. 883 fut aussi contesté, autrefois, à la licitation tranchée au profit d'un cessionnaire de la part indivise de l'un des cohéritiers. (Cass. ch. réunies, 19 décembre 1845. — D. 1846. 1. 17. — Civ. 17 février 1846. D. 1846. 1. 102. — Civ. 9 novembre 1847. — D. 1847. 4. 473. — 26 janvier 1848. — D. 1848. 1. 56. — 18 décembre 1848. D. 1848. 5. 351. — 14 février 1849. — D. 1849. 5. 380). Mais il lui fut accordé, le 25 janvier 1857 (D. 1857. 1. 5) Depuis, cette jurisprudence fut maintenue (V. civ. 9 mars 1886. — D. 1886. 1. 353).

(1) La question s'était déjà posée dans notre ancien droit. V. à ce sujet une note à notre 2e partie, chap. III, section II, § 5.

Pendant les toutes premières années suivant la promulgation du Code, la question ne semble pas s'être posée.

Seulement le *18 mars 1829* (1) la Cour de Cassation eut à trancher la difficulté, pour la première fois, à notre connaissance. Mais elle ne la résolut pas directement, se bornant à dire que l'indivision ne cessait pas, parce que le tiers n'avait acheté, dans l'espèce, que les droits de certains des copropriétaires.

Le *16 janvier 1833* (2) la Cour suprême se prononça d'une façon plus nette. Elle reconnut que l'effet déclaratif s'appliquait au prix de la vente dû par le tiers, parce que cette opération, vis-à-vis des héritiers, n'était que préparatoire au partage. En conséquence, elle déniait, dans l'espèce, au créancier hypothécaire, le droit de faire vendre la part de son débiteur, suivant l'art. 2205 C. civ. avant d'avoir fait procéder au partage de la succession (3).

18 juin 1834 (4). — Peu de temps après la Chambre civile admit la même théorie. Elle décida que si un colicitant ne recevait dans son lot, par un partage ultérieur, aucune portion du prix du par un

---

(1) Cass. Req. 18 mars 1829. — S. chron.

(2) Cass. Req. 16 janvier 1833. — S. 1833. 1. 87.

(3) V. Demolombe. — Tr. des succ., t. V, n° 273. — Wahl. Liv. du centenaire du C. civ., 1er vol , p. 495 et s. — Cependant M. Labbé (note sous Cass. civ., 14 décembre 1887, S. 1889. 1. 193) ne mentionne pas cet arrêt au nombre de ceux qui admettent l'interprétation large de l'art. 883.

(4) Cass. civ. 18 juin 1834. — S. 1834. 1. 733. — D. Répert. Contr. de mariage, n° 2 320 et Successions n° 2.105.

tiers adjudicataire, ce dernier n'avait pu lui payer, valablement, une portion du prix. D'où il résulte qu' « un acte contenant liquidation et partage, soit de communauté, soit de succession, n'est jamais que déclaratif et non attributif. L'ordre du prix d'un immeuble dépendant de la communauté ou succession... ne doit point avoir pour effet de porter atteinte aux droits préexistants de propriété qui seront déterminés par l'acte de liquidation » (1).

Le *23 janvier 1835*, la Cour d'Aix (2) décida de même : « qu'un créancier inscrit sur la part indivise d'immeuble que son débiteur a dans une succession ne peut se faire colloquer dans l'ordre ouvert sur le prix des biens de cette succession, vendus judiciairement, qu'après un partage préalable de la masse successorale ; ce que l'art. 2205 décide de la mise en vente s'applique *a fortiori* à la distribution du prix ».

Le *21 janvier 1839* (3) la Chambre civile rendit un arrêt peu net au sujet de la portée de l'art. 883 et dont on ne peut tirer une conclusion précise (4).

---

(1) Labbé, loc. cit. Note S. 1889. 1. 193.

(2) S. 1835. 2. 267.

(3) S. 1839. 1. 87.

(4) La même observation peut s'appliquer aux arrêts du 26 juillet 1848 (S. 1848. 1. 561. — D. 1849. 1. 328) et du 2 décembre 1862 (S. 1863. 1. 255). Suivant M. Wahl (Livre du Centenaire, p. 497) la négation de l'effet déclaratif semble résulter de ces trois arrêts. Suivant M. Labbé (note S. 1889. 1. 193) et M. Baudouin (Conclusions D. 1908. 1. 113), on ne peut l'assurer. Nous nous bornons à mentionner l'incertitude, notre présent exposé de jurisprudence n'intéressant le conflit que nous étudions que d'une façon secondaire.

Mais le *7 février 1845* (1) la Cour d'Orléans admit clairement l'effet déclaratif disant que l'hypothèque n'existe que sous condition résolutoire et disparaît par l'effet déclaratif si le prix est compris dans un autre lot.

Par contre, le *2 mai* et le *25 juillet 1848* (2) la Cour de Douai et le *27 janvier 1859* (3) la Cour de Grenoble décidèrent, d'une façon non moins précise, que l'art. 883 ne s'appliquait pas à la licitation amiable au profit d'un tiers et que toutes les hypothèques, consenties pendant l'indivision, subsistaient uniformément.

Il est vrai que, quelques années plus tard, les deux mêmes Cours, les *2 juin* et *19 août 1863* (4) (Grenoble) et le *5 juin 1866* (5) (Douai) revinrent à l'interprétation contraire, ne permettant aux créanciers hypothécaires de se faire colloquer que sur la part du prix placée dans le lot des copartageants ayant constitué l'hypothèque.

Entre temps, le *24 avril 1857* (6), la Cour de Rouen avait écarté l'art. 883. Puis le *17 mai 1870* (7) la Cour d'Orléans admit son application.

Le *8 mars 1875* (8) la Chambre des requêtes rendit

---

(1) Sous Cass. 26 juillet 1848 précité.
(2) S. 1849. 2. 393 et 395. — D. 1849. 2. 184.
(3) S. 1860. 2. 111. — D. 1888. 1. 385 (en note).
(4) S. 1863. 2. 249. — D. 1864. 2. 100.
(5) S. 1867. 2. 257.
(6) S. 1858. 2. 119.
(7) S. 1871. 2. 169. — D. Répert. Supp. Successions n° 1334. V. aussi Paris, 3 juillet 1872. D. 1874. 2. 23.
(8) S. 1875. 1. 449. — D. 1876. 1. 369.

un arrêt ou la solution touchant l'effet déclaratif n'est donnée qu'incidemment. M. Labbé l'interprète (1) comme refusant d'admettre, en principe, l'effet déclaratif en matière d'adjudication ou de vente d'un bien indivis, au profit d'un tiers étranger à l'indivision. M. Wahl pense que c'est par erreur. Il fait remarquer (2) que l'arrêt « dit simplement que l'immeuble adjugé au profit d'un tiers n'est pas comme si l'acquéreur était un colicitant, dégagé des hypothèques provenant de tous les non adjudicataires », mais n'a pas envisagé la question de l'effet déclaratif au point de vue de la licitation dénouée au profit d'un tiers.

La remarque de M. Wahl nous paraît très judicieuse et nous croyons qu'on ne peut rien préjuger de cet arrêt, ni en un sens ni en l'autre (3).

En somme, depuis l'arrêt de la Chambre civile du 21 janvier 1839, la jurisprudence touchant la portée de l'art. 883 n'a peut-être pas été dénuée de toute hésitation, mais on peut dire qu'elle tendait plutôt à admettre l'effet déclaratif.

Nous arrivons alors au *24 décembre 1877* (4). A cette date, la Cour d'appel d'Alger appliqua l'art. 883.

---

(1) Note au S. 1889. 1. 193.

(2) Liv. du Centenaire, étude précitée.

(3) V. infra : § 3 comme quoi il est très différent de dire que l'effet déclaratif se produit ou bien que les hypothèques d'un non adjudicataire disparaissent lorsque la licitation a son dénouement au profit d'un tiers.

(4) S. 1878. 2. 214. — D. Répert. Supp. Successions n° 1327. — 2° V. aussi Aix, 4 mai 1887. Bulletin de la C. d'Aix 1888, p. 78.

Enfin, le *22 février 1881* (1) nous trouvons à la Chambre des requêtes une décision concluante et d'autant plus intéressante pour nous, qu'elle régla un des conflits, objets de notre étude.

Il fut arrêté par la Cour suprême, qu'après le partage, les créanciers de l'héritier dans le lot duquel est placé le prix provenant de la licitation peuvent seuls, être colloqués sur ce prix et que ce prix est « une créance faisant partie de l'actif héréditaire indivis » auquel s'applique l'article 883.

La portée de cet arrêt fût contestée plus tard (2). On prétendit qu'il n'envisageait que les cas où l'expropriation de l'immeuble avait été poursuivie par les créanciers héréditaires. Une telle insinuation n'est pas justifiée. M. Wahl fait remarquer qu'aucune allusion n'a été faite à cette circonstance par la Chambre des requêtes. Le rapport de M. le conseiller Babinet dont les conclusions furent acceptées dans l'arrêt n'a pas fait mention non plus de la distinction qu'on voudrait établir.

§ 2. — Deuxième phase, de 1887 à 1907

Cet arrêt de 1881 paraissait mettre fin aux hésitations, aux incertitudes de la jurisprudence et l'établir nettement dans le sens d'une acception large de l'ar-

---

(1) S. 1884, 1. 117. — D. 1881, 1. 209.

(2) Dans la défense au pourvoi, sous l'arrêt du 14 décembre 1887. V. dans le même sens la note de M. Labbé, au S. 1889, 1. 193.

ticle 883. Suivant M. Labbé « elle paraissait établie, elle était devenue comme un article de foi pour les praticiens (1) », lorsque brusquement le *14 décembre 1887* (2), la Chambre civile admit la théorie opposée. Elle arrêta que le prix se divisait conformément à l'article 1220 C. civ., entre tous les héritiers en proportion de leur part héréditaire. Par conséquent les hypothèques demeuraient valables sur la portion du prix que le copartageant, qui les avait consenties, recevait dans sa part héréditaire. Il n'était plus question d'effet déclaratif.

Ce revirement parut si surprenant que plusieurs juristes se refusèrent d'abord à y croire et tentèrent de concilier cet arrêt avec le précédent, rendu en 1881.

Nous avons dit, quelques lignes plus haut, comment on essaya d'une distinction, suivant laquelle l'art. 883 aurait son application au cas d'expropriation forcée, tandis qu'il n'aurait rien à voir dans les hypothèses où la vente a eu lieu sur l'initiative des copropriétaires. Mais, d'une part, rien dans les *attendus* des deux arrêts en cause, n'autorise une semblable conciliation. D'autre part, cette solution ne serait pas en harmonie avec celle de la question très voisine de la portée de l'article 883, dans les cas où l'indivision ne cesse pas, bien que la licitation soit intervenue au profit d'un cohéritier. En effet, plusieurs

---

(1) Note précitée.

(2) S. 1889 1. 193. D. 1888. 1, 385.

arrêts refusent, dans ce cas, l'effet déclaratif à une adjudication sur saisie.

M. Labbé essaya de faire concorder les théories de 1881 et de 1887, en disant que, la licitation au profit d'un tiers, aurait un effet déclaratif ou non, suivant qu'elle aurait lieu dans le cours d'une instance en liquidation et aurait pour but de préparer le partage ou qu'elle interviendrait en dehors de toute procédure de ce genre (1). Mais M. Wahl fait remarquer avec raison, croyons-nous, que ni la jurisprudence, ni la doctrine ne se préoccupant de cette distinction, au cas où la licitation se dénoue au profit d'un des copropriétaires, il serait bizarre de vouloir la faire entrer dans les cas où la licitation est intervenue au profit d'un tiers (2).

M. Labbé fit une dernière tentative. Dans l'espèce de l'arrêt de 1887 les immeubles vendus appartenaient à une société *non dissoute,* cas bien différent de ceux d'une succession, d'une communauté ou société dissoute, parce que, dans le premier, les créanciers n'avaient pu prévoir la vente (3). Mais cette considération ne change pas la place du problème en face de l'art. 883.

M. Labbé lui-même reconnaît que ses essais de conciliation donnent lieu à des « bizarreries ». Du reste, ce qui montre bien que la Chambre civile avait entendu établir en 1887, une thèse opposée à celle de

---

(1) Note précitée.
(2) Etude précitée au Liv. du Centenaire.
(3) Note précitée en Sirey.

1881, c'est que, pendant vingt ans, elle persista dans sa nouvelle théorie.

Les Cours d'appel et les tribunaux ne l'acceptèrent pas d'emblée.

Entre *1888 et 1891* (1), plusieurs continuèrent à appliquer l'art. 883 à la licitation au profit d'un tiers.

Le *17 février 1892* (2), nouvel arrêt de la Chambre civile. Il conclut dans le même sens que celui de 1887 : « cet article (l'article 883) ne vise que le cas où l'adjudication, sur licitation, a lieu au profit de l'un des colicitants : il est donc sans application, quelle que soit l'attribution ultérieure du prix, lorsque l'adjudication a été prononcée au profit d'un tiers qui n'avait, antérieurement, aucun droit sur les effets qu'il a acquis ; dans ce cas les droits constitués pendant la durée de l'indivision, subsistent sur les biens licités avec tous les effets juridiques que leur a donnés la convention des parties. » Cette fois la licitation était intervenue pour faciliter le partage et on ne pouvait plus faire de distinction, entre ce cas et celui

---

(1) Toulouse, 30 juillet 1888. — S. 1889. 2. 99. — D. 1889. 2. 25. — Dijon, 20 mars 1889. — S. 1889. 2. 179. — D. 1892. 1. 191. (Sous cassation). — Orléans, 25 juillet 1890. — S. 1891. 2. 167. — D. 1891. 2. 236. — Tr. de Marseille, 25 mai 1888. Rec. d'Aix, 1888. 2. 307. — Tr. de Seine, 26 janvier 1889. — Le droit, 7 février 1889. — Tr. Charolles, 13 juin 1889. — Le droit, 3 juillet 1889. — Tr. de Seine, 5 août 1889. — Le droit, 29 novembre 1889. — 3 juillet 1890. — Le droit, 20 juillet 1890. — 23 juillet 1891. — P. fr. 1893. 1. 33. (en note).

(2) S. 1894. 1. 417. — D. 1892. 1. 191.

où elle intervient en dehors de toute instance en liquidation.

L'autre conciliation, tentée en 1887 par M. Labbé, par suite de la différence existant entre une *société non dissoute* et une succession ou une communauté, n'avait plus aucune valeur, puisque cette fois il s'agissait d'une *communauté dissoute.*

De *1893 à 1896* (1), des Cours d'appel et tribunaux se rallièrent au système de la Chambre civile.

Et le *19 octobre 1896* (2), la chambre des Requêtes fit de même. La licitation au profit d'un tiers, dit-elle, substitue à la propriété des immeubles « la propriété du prix de vente régi par les principes de la vente et non par ceux du partage ».

Désormais, la question ne semble plus faire de doute : la licitation au profit d'un tiers ne produit pas l'effet déclaratif. La Cour de Cassation a persisté invariablement dans cette théorie (3) et la grande majorité des Cours d'appel l'ont acceptée (4).

---

(1) Tr. Seine, 30 octobre 1893. — Moniteur jur. de Lyon, 4 décembre 1893. — Alger, 10 avril 1894. — D. 1894. 2. 462. — Caen, 30 octobre 1894. — Le droit, 16 novembre 1894. — Montpellier, 7 novembre 1895, sous cass., 19 octobre 1896. — S. 1898. 1. 41. — Riom, 31 janvier 1896. — Rec. de Riom, 1895-96. p. 165. — Douai, 26 mars 1896. — D. 1897. 2. 147. — Nancy, 7 juillet 1896. — S. 1897. 2. 123.

(2) S. 1898. 1. 41. — D. 1897. 1. 44.

(3) Cass. civ. 7 juin 1899. — S. 1899. 1. 457. — Cass. civ. 18 juin 1900. — S. 1900. 1. 361. — Cass. req. 21 juin 1904 (2 arrêts) S. 1905. 1. 273. — Cass. civ. 19 mars 1906. — *Gaz. des Tr.* 1906. 1. 191.

(4) Douai, 28 avril 1897. — La loi 17 mars 1898. — Angers, 7 décembre 1897 sous Cass. 18 juin 1900 précité. — Bordeaux,

Pour le cas de notre problème, cette jurisprudence avait le gros inconvénient de laisser difficilement la préférence aux cohéritiers créanciers de rapport ; mais presque tous les arrêts portant des attendus en faveur de ceux-ci, tous les articles des juristes et des praticiens à leur avantage également, cherchaient par d'autres moyens à ne pas les laisser léser par le paiement au créancier hypothécaire. Personne n'espérait plus que la Cour de cassation dût appliquer l'art. 883 avec la même largeur qu'elle l'avait fait avant 1887.

§ 3. — Troisième phase, 4 et 5 décembre 1907

C'est alors que le *5 décembre 1907* (1) apparut un arrêt qui de nouveau marquait une modification complète, de la thèse soutenue par la Cour suprême.

Les Chambres réunies de la Cour de cassation, admettant les conclusions remarquables de M. le

---

21 juillet 1898. — Rec. de Bordeaux 1899, 1. 40. — Bourges, 28 novembre 1898. S. 1901. 2. 249. — Caen. 1er mai 1899. S. 1903. 2. 103. D. 1900. 2. 49. Tr. Seine: 1er août 1899. — Le droit, 24 décembre 1899. — Tr. Seine, 20 novembre 1900. — Le droit, 19 janvier 1901. — Besançon, 15 novembre 1901. S. 1905, 2, 89, — Paris, 20 février 1902. — Le droit. 1er janvier 1903. — Tr. Seine, 20 mars 1903. — Le droit, 28 août 1903. — Toulouse, 11 juin 1903. — S. 1903. 2. 263. — Dijon, 2 décembre 1903. — S. 1905. 2. 89. — Dijon, 27 décembre 1905. — D. 1906, 2. 28. — Lyon, 29 mars 1905. S. 1905. 2. 242. — Nancy, 16 mars 1907. — *Gaz. du Pal.* 1907. 1. 544. — Contra Tr. Seine, 12 avril 1904. — *Gaz. du Pal.* 1904. 1. 669.

(1) D. 1908. 1. 113. — S. 1908. 1. 5. — *Gaz. des Tr.*, 18 décembre 1907.

Procureur général Baudouin, décidèrent : « que si l'adjudication sur licitation d'un immeuble dépendant d'une hérédité doit, au regard de l'adjudicataire quand il est un tiers étranger à l'indivision, être considérée comme une vente, elle constitue dans les relations des cohéritiers entre eux une opération préliminaire du partage; que la vente ainsi faite l'est en réalité pour le compte de la masse successorale ; et que la créance du prix entre dans l'actif à partager pour y être soumise comme l'aurait été l'immeuble même qu'elle remplace aux règles ordinaires du partage....., et qu'ainsi la créance remplaçant l'immeuble dans la masse successorale devient elle-même, quoique n'étant pas née en la personne du défunt, un « effet de succession » *auquel l'article 883 s'applique* »

Personne, nous croyons pouvoir le dire, ne s'attendait à cet arrêt. L'espèce qui l'a motivé était le cas même de notre problème, un conflit entre cohéritiers créanciers de rapports et créancier hypothécaire du débiteur de rapports. On pouvait peut-être espérer que cette fois la Cour suprême favoriserait les premiers, mais on croyait plutôt la voir baser sa décision sur d'autres motifs que sur celui-ci. L'arrêt ne laisse aucun doute; nous allons essayer d'expliquer nettement comment il comprend l'application de l'art. 883.

En disant que l'art. 883 s'applique à la licitation au profit d'un tiers, on ne veut pas prétendre que ce tiers sera censé avoir, dès le jour de l'ouverture de la succession, été propriétaire de l'immeuble; autrement dit, l'effet déclaratif n'a pas pour objet les immeubles

eux-mêmes S'il en était ainsi, « la question de l'effet déclaratif serait, d'une manière à peu près absolue, supprimée, puisque les hypothèques consenties pendant l'indivision par les copropriétaires, seraient toujours appelées à disparaître, soit que l'indivision fût dénouée au profit d'un copropriétaire, soit qu'elle fût dénouée au profit d'un étranger, à l'exception, dans le premier cas seulement, des hypothèques provenant du propriétaire définitif lui-même.

..... Posée pour le cas où l'indivision se dénoue au profit d'une personne étrangère à cette indivision, la question de l'effet déclaratif prend la forme suivante : les hypothèques qui subsistent sur l'immeuble indivis aliéné au profit d'un étranger, sont-elles toutes celles qui proviennent des copropriétaires indivis — dans la mesure même des droits indivis de chacun sur la chose — ou seulement celles des copropriétaires dans le lot desquels le partage comprendra tout ou partie du prix dans la mesure même où ce prix leur sera attribué (1) ? »

L'effet déclaratif s'applique au prix de l'immeuble. Chaque héritier est censé avoir toujours été propriétaire de la part du prix de l'immeuble qu'il reçoit dans son lot et *les hypothèques subsistent dans le cas seulement où le prix de l'immeuble est attribué au constituant et dans la mesure où il lui est attribué.*

Voilè ce qu'on entend par l'effet déclaratif de la licitation au profit d'un tiers et ce qu'a consacré l'ar-

---

(1) Wahl. — Liv. du Centenaire, t. I. p. 495 et s.

rêt des Chambres réunies dont les termes, à ce sujet, sont très nets. La théorie d'après laquelle l'effet déclaratif se produirait complètement, a pourtant été soutenue par M. Mourlon. La vente ayant pour but de préparer le partage,dit-il (1), « a, quant à eux (les héritiers), le caractère d'une opération de partage ; et si c'est un acte de partage, pourquoi ne pas lui en attribuer les effets? » Mais cette opinion est restée isolée, tous les auteurs qui admettent l'effet déclaratif, dans le cas où la licitation se dénoue au profit d'un étranger, le font dans les limites ici précisées, considérant pourtant la licitation comme un acte de partage entre les cohéritiers, mais comme une simple vente en tant qu'il s'agit de déterminer les rapports des colicitants avec l'adjudicataire.

C'est cette dernière acception que nous envisagerons toujours en parlant de l'effet déclaratif de la licitation au profit d'un tiers.

---

(1) Répétitions écrites sur le Code civil, t. II, nos 484 et 485.

PREMIÈRE PARTIE

Le conflit et sa solution devant l'équité

CHAPITRE PREMIER

Exposé du problème

§ 1er. — **Enoncé**

Nous avons donné un exemple du conflit tel qu'il se produisit le plus souvent. Si on veut le présenter d'une façon moins concrète, on peut énoncer ainsi le problème qu'il pose.

Un cohéritier a, pendant l'indivision, consenti une hypothèque sur l'immeuble indivis, ou, ce qui revient au même, une hypothèque judiciaire ou légale est venue frapper sa part indivise sur l'immeuble héré-

ditaire (1). *D'autre part, cet héritier est débiteur envers ses cohéritiers d'un rapport en moins prenant. L'immeuble est licité et acquis par une personne étrangère à la succession.*

Ces trois circonstances réunies, *la part du prix de la licitation dévolue à l'héritier qui a constitué l'hypothèque doit-elle revenir à son créancier hypothécaire ou à ses cohéritiers créanciers du rapport ?*

Tel est l'énoncé du cas type du problème.

Nous avons supposé le cohéritier constituant de l'hypothèque débiteur d'un rapport en moins prenant. Il va sans dire que s'il ne devait rien à la succession, ses cohéritiers n'ayant rien à lui réclamer, le créancier hypothécaire serait rempli de ses droits jusqu'à concurrence de la part héréditaire de son débiteur.

---

(1) Comme le fait remarquer M. Wahl dans un article de la Rev. trim. de dr. civ. (1906, p. 764) l'époque ou la dette de l'héritier a pris naissance n'a aucune importance. M. Pilon (Rev. trim. de dr. civ., 1905, p. 671) suppose que l'hypothèque a été consentie « pour sûreté d'obligations contractées *postérieurement* à l'ouverture de la succession ». Mais rien n'empêche de constituer une hypothèque pour garantir des dettes même très anciennes et *antérieures* à l'ouverture de la succession, c'est si l'hypothèque elle-même était antérieure à l'ouverture de la succession qu'elle serait non avenue. Dans ce cas, en effet, elle aurait été consentie sur la chose d'autrui et resterait nulle même si le constituant en devenait plus tard propriétaire. En ce sens : Cass. 24 mai 1892. — S. 1892. 1, 289. — D. 1892, 1. 327. — Montpellier, 10 février 1896. — S. 1896, 2, 128. — D. 1897, 2, 269) Pourtant si cette hypothèque était légale ou judiciaire elle viendrait frapper l'immeuble indivis dès la naissance de l'indivision et notre problème pourrait se poser.

Mais il faut, de plus, pour que le conflit s'élève, que le rapport ait lieu *en moins prenant*. S'il était fait en nature, les biens se réunissant à la masse de la succession « francs et quittes de toutes charges créees par le donataire » (art. 865 C. civ.), le créancier hypothécaire serait forcément évincé (1).

D'autre part, nous avons déjà dit comment il était nécessaire pour que le conflit se produisit, que l'immeuble fut acquis lors de la licitation, par une personne étrangère à la succession (2).

Ce cas type du problème étant exposé, voyons s'il ne donne pas lieu à quelques remarques.

§ 2. — Cas dénués d'intérêt

D'abord, dans certains cas, le conflit peut être dénué d'intérêt.

Supposons qu'en plus de sa part sur le prix de l'immeuble hypothéqué, le cohéritier débiteur recueille dans la succession d'autres valeurs lui permettant d'effectuer le rapport dont il est tenu. Les autres héritiers pourront sans inconvénient laisser passer avant eux les créanciers hypothécaires et même chirographaires.

Et si bien que ne recueillant pas suffisamment dans la succession pour désintéresser tout le monde, le

---

(1) Le créancier hypothécaire ne reste pourtant pas désarmé. D'après le même art. 865 il peut intervenir au partage pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de ses droits.

(2) V. Supra, Introduction.

débiteur a un patrimoine suffisant pour payer ses créanciers : les créanciers hypothécaires aimeront mieux laisser les cohéritiers prélever les sommes qui doivent être rapportées que d'engager avec eux un procès hasardeux. Ils sont toujours sûrs d'être payés.

Si pourtant le patrimoine du débiteur n'est pas suffisant pour désintéresser tout le monde, il peut se faire que le créancier hypothécaire ait une autre hypothèque sur les biens propres de l'héritier. Ce sera même fréquent en cas d'hypothèque légale ou judiciaire. Ici encore le créancier hypothécaire pourra sans inconvénients laisser passer avant lui les héritiers créanciers du rapport.

Dans tous ces cas le conflit ne s'élèvera pas *en fait* parce que créanciers hypothécaires et cohéritiers ayant un moyen d'être tous payés, ils aimeront mieux s'adresser au patrimoine du débiteur que d'engager un procès d'issue incertaine. Mais rien n'empêcherait le conflit de s'élever *en droit* (1).

§ 3. – Cas assimilables au cas type

Par contre l'intérêt se conservera entier dans d'autres hypothèses qui, sans répondre complètement à l'énoncé proposé peuvent y être assimilées et comportent la même solution.

Premier cas. — Par exemple l'acquéreur ou adjudicataire est bien un des héritiers, mais pour une

---

(1) Ces remarques ont été faites par M. Wahl, Rev. trim. de dr. civ., 1906, p. 764.

cause quelconque l'effet déclaratif ne se produit pas. Cela peut arriver dans deux cas.

1° Deux ou plusieurs cohéritiers se sont rendus indivisément acquéreurs ou adjudicataires ;

2° Un héritier est acquéreur de la portion du défunt dans un immeuble indivis avec un tiers.

Pendant longtemps la Cour de Cassation n'a pas admis que dans de semblables cas l'article 883 pût s'appliquer sous prétexte que l'indivision ne cessait pas. Il est vrai qu'elle tend maintenant à l'admettre au contraire (1). Mais nous tenions à mentionner qu'avec une interprétation restrictive de la fiction de l'effet déclaratif, le cohéritier adjudicataire n'étant pas censé avoir toujours été propriétaire de l'immeuble, le problème se poserait ici comme dans notre cas type (2).

Deuxième cas. — L'acquéreur ou adjudicataire est toujours un héritier, c'est même celui qui est débiteur

---

(1) V. supra : Chapitre préliminaire, section II. V. aussi : Desserteaux, Op. cit., nos 157-166, dans le sens de l'interprétation la plus large de l'art. 883.

(2) Pourtant, la Cour de cassation (29 mars 1892—S. 96, 1, 497) qui, jusqu'au 5 décembre 1907 (D 08, 1, 113), a refusé de reconnaître le droit des cohéritiers lorsque la licitation se dénouait au profit d'un tiers, leur a donné raison précisément dans un cas où la licitation avait été prononcée indivisément au profit de l'héritier sujet à rapport et d'autres cohéritiers. Mais on ne peut savoir si le motif de cet arrêt était l'adjudication au profit de l'héritier débiteur de rapport ou la non persistance de l'indivision ancienne, vu que la Cour s'est bornée à dire que « les créanciers personnels ne peuvent avoir plus de droit que l'héritier débiteur lui-même. »

du rapport et a constitué l'hypothèque. Dans ce cas l'effet déclaratif se produit, et l'acquéreur étant censé avoir toujours été propriétaire de l'immeuble, les créanciers hypothécaires auront un droit de préférence. Mais les cohéritiers créanciers du rapport, eux aussi, ont un droit de préférence sur les biens venant de la succession « et un droit de préférence aussi bien sur les créanciers hypothécaires que sur les chirographaires, si on admet que le droit de préférence de ces derniers est inférieur dans le cas où l'acquéreur ou adjudicataire est un tiers » (1). Le conflit se produira donc.

Troisième cas. — Ce qui a lieu pour l'hypothèque s'appliquera à tous autres droits réels nés pendant l'indivision. Supposons que la préférence soit donnée aux créanciers hypothécaires sur les copartageants : on paiera d'abord les premiers, et ensuite les créanciers chirographaires, parmi lesquels les cohéritiers. Mais si, parmi ces créanciers chirographaires, un ou plusieurs ont fait valider une saisie-arrêt? En droit, ils passeront avant les cohéritiers, qui n'auront sur le prix aucun droit acquis (2) « parce qu'il en est toujours ainsi lorsque les conditions de l'action paulienne ne se rencontrent pas » (3). Le problème se posera aussi bien qu'en présence de créanciers hypothécaires.

---

(1) Wahl. — Revue trim. de dr. civil, 1906, p. 765.
(2) Trib. sup. de Cologne, 10 juin 1899. — S. 1900, 4, 35.
(3) Wahl. —. Rev. trim. de dr. civ., 1906.

De même si l'héritier débiteur de rapport a fait cession de sa part de créance, alors même que cette cession aurait été acceptée ou signifiée.

Qu'on admette l'application de l'art. 883 et que la créance soit attribuée à un autre que le cédant : la cession ne produira aucun effet au profit du cessionnaire, qui ne saurait avoir plus de droits que le cédant. « Cet effet du partage se produira de plein droit, par la seule force de l'article 883, indépendamment de toute acceptation ou signification, selon l'article 1690 qui ne s'applique pas au partage » (1).

Si au contraire on n'admet pas que la licitation au profit d'un tiers produise effet déclaratif, l'héritier débiteur pourra céder sa part virile contre espèces et échapper à l'obligation du rapport.

Le problème subsiste toujours et sa solution variera avec l'interprétation de l'article 883.

Quatrième cas. — Enfin, ce qui peut augmenter singulièrement le nombre des conflits sur la question que nous examinons, c'est le fait que la jurisprudence applique l'article 883 C. civ. en matière de communauté conjugale, d'indivision simple, de société (2).

---

(1) Giraud. — Rép. gén. du notariat et de l'enregistrement, — Art. 15556.

(2) Cass. civ., 8 février 1882 — S. 82, 1, 224. — D. 82, 1, 317. — 6 août 1895. — S. 99, 1, 462. — Lyon-Caen et Renault : Tr. de dr. comm., 3e éd., t. III, n° 418. — Guillouard : Tr. du cont. de soc., n° 347. — Baudry-Lacantinerie et Wahl : Tr. des succ., 3e éd., t. III, nos 3011 et 3012 et les auteurs cités. — Nancy, 19 juin 1893. — D. 94, 2, 572.

Donc, toutes les fois qu'une liquidation aura lieu pour déterminer les droits respectifs de plusieurs communistes, la vente à un tiers pourra donner ouverture aux prétentions des créanciers d'un des copartageants à recevoir la part virile de celui-ci dans le prix, encore qu'il n'ait, pour une cause quelconque, qu'une part inférieure à recevoir (1).

Le conflit se produira également, qu'il s'agisse d'un rapport de dons ou d'un rapport de dettes, d'une récompense à communauté ou d'une dette d'époux à époux, d'un prélèvement sur l'actif social ou d'une indemnité pour préjudice causé d'associé à associé.

La solution de tous ces cas divers est soumise aux mêmes controverses (2) que celles de notre cas type.

---

(1) V. Sur l'extension de l'effet déclaratif du partage d'hérédité au partage de communauté ou de société : Desserteaux, op. cit., nos 155 et 156.

(2) En faveur des cohéritiers : Toulouse, 30 juillet 1888 — S. 1889, 2, 99. — Dijon, 20 mars 1889. — S. 89, 2, 179. — D. 1892, 1, 192. — Orléans, 25 juillet 1890. — S. 1891, 2, 167. D. 1891, 2, 288. — Angoulême, 4 décembre 1896, sous Cass., 7 juin 1899. — S. 99, 1, 457. — Paris, 18 mars 1898. — *Gaz. des Trib.*, 22 juillet 1898. — Bayeux, 12 août 1898, sous Caen, 1er mai 1899. — S. 1903, 2, 103. — Saint-Claude, 28 août 1901, sous Besançon, 15 novembre 1901. — S. 1905, 2, 89. — D. 1906, 1, 42. — Besançon, 15 novembre 1901. — Bourges, 28 mai 1902, sous Cass., 21 juin 1904. — S. 1905, 1, 273. — D. 1906, 1, 42. — Semur, 25 novembre 1902, sous Dijon, 2 décembre 1903. — Dijon, 2 décembre 1903. — S. 1905, 2, 89. — D. 1905, 2, 349. — Seine, 12 avril 1904. — *Gaz. du Pal.*, 1904, 1, 669. — *Le Droit*, 29 septembre 1904. — Poitiers, 16 novembre 1904. — *Gaz. Pal.*, 1904, 2, 646. — Agen, 30 janvier 1905. — *Gaz. Pal.*, 29 juillet 1905. — Lyon, 29 mars 1905. — S. 1905, 2, 242. — D. 1906, 2, 27. — Dijon, 27 décembre 1905. — D. 1906, 2, 28.

Cass., 18 juin 1834. — S. 1834, 1, 733. — Cass, 22 février

C'est donc dans celui-ci que nous prendrons tous les éléments des discussions que nous exposerons.

1881.— S. 1884, 1, 117.— D. 1881, 1, 209.— Cass., 29 mars 1892. — S. 96, 1, 497. — D. 1893, 1, 168. — Cass., ch. réunies, 4 et 5 décembre 1907. — D. 1908, 1, 113. — S. 1908, 1, 5.

Demante, t. III, n° 3, 225 *bis*, 4. — Demolombe, Succ., t. V, n° 263.— Hureaux, t. IV, n° 265.— Homo, Revue du Notariat, n° 5037. — Charmont, Revue Critique, 1890, 41. — Legrand, Rep. du Notariat, 1890, n° 5413. — Giraud, id., n° 11.900. — Le Sellyer, Succ., t. III, n° 1796. — Labbé, Note au S. 1899, 1, 193. — Aubry et Rau, t. VI, 4e éd., § 625, p. 564. — Journal du Notariat, nos 24057 et 27494. Mémoire de M. Cotelle (circulaire du Comité des notaires des départements, n° 237). — Lefebvre, id., nos 240 et 245. — Cossard, id., n° 252. — Houpin, Journal du Notariat, 1900, p. 17. — Amiaud, Tr. Formulaire des liquidations, n° 2429. — Defrénois,Traité des liquid , t. I, n° 2747. — Vigié, t. II, n° 388. — De Loynes, D. 1900, 2, 49. — Brouchot, 12 avril 1904. — *Gaz. Pal.*, 1904, 1, 669. — Percerou, Pand. franç., 1905, 2, 212. — Ambroise Colin, S., 1906, 1, 41. — Charmont, Rev. crit., 1906, p. 321 et suiv. — Giraud, Rev. trim. de dr. civ., 1904, p. 515 et s. — Pilon, ibid., 1905, p. 669. — Baudouin, D. 1908, 1, 113.

En faveur des créanciers hypothécaires : Alger, 10 avril 1894. D. 1894, 2, 462. — Montpellier, 7 mars 1895. — D. 1897, 1, 44. — Douai, 26 mars 1896. — D. 1897, 2, 147. — Nancy, 7 juillet 1896. — S. 1897, 2, 123. — Caen, 1er mai 1899. — D., 1900, 2, 49. — Paris, 20 février 1902. — *Le Droit*, 1er janvier 1903. — Toulouse, 11 juin 1903. — S. 1903, 2, 263. — Seine, 20 novembre 1900. — *Le Droit*, 19 janvier 1903.— Cass., 19 octobre 1896, S. 1898, 1, 41. — D. 1897, 1, 44. — Cass., 7 juin 1899. — S. 1899, 1, 457. — Cass., 21 juin 1904 (2 arrêts). — S. 1905, 1, 273. — D 1906, 1, 42. — Cass., 19 mars 1906. — *Le Droit*, 6 mai 1906.

Wahl sous Besançon, 15 novembre 1901, et Dijon, 2 décembre 1905. — S. 1905, 2, 89, et sous Cass., 21 juin 1904.— S. 1905, 1, 273. — Wahl, Rev. trim. dr. civ., 1906, p. 763 et s. — Lebret, Pand. fr., 1905, 1, 5. — Zeglicki, Rev. crit. 1906, p. 377.

CHAPITRE II

Le conflit devant l'équité

Si, laissant de côté pour un instant les textes qui nous aideront à solutionner la question *en droit* on cherche à la résoudre *en équité,* la première idée qui vienne à l'esprit est la suivante: Comment un héritier, qui non seulement ne peut prétendre à rien dans une succession, mais encore le plus souvent, restera débiteur envers elle, la liquidation terminée, pourrait-il transmettre à une personne quelconque, le droit d'y prendre quelque chose? Comment pourrait-on admettre qu'il se fasse du crédit avec un actif au partage duquel il ne sera pas appelé?

§ 1er. — La préférence aux créanciers hypothécaires encouragerait la fraude

Vraiment si cela était possible, il ne faudrait plus parler du principe de l'égalité des copartageants. Il importerait peu qu'un héritier ait absorbé sa part héréditaire par avance, il pourrait cependant s'en servir. Il n'aurait qu'à s'adresser à un usurier qui, sûr d'obtenir des tribunaux une hypothèque judiciaire sur les

biens de son débiteur, lui consentira un prêt, à gros intérêt il est vrai. En raison des risques, la somme fournie sera minime, mais le montant nominal du prêt considérable et la perte sera la même pour les héritiers frustrés, l'usurier seul bénéficiant de l'opération.

Le prêt pourrait même être tout à fait fictif. Ainsi un héritier qui a déjà touché sa part avant le décès de l'auteur commun et n'aura plus rien à recevoir lors du partage de la succession, pourrait s'arranger de manière à toucher une seconde part sur le prix des immeubles vendus à des tiers au cours du partage. Voici comment : il s'entendra avec une personne quelconque et lui souscrira des billets pour une somme qui, en réalité ne lui sera pas versée. Il ne remboursera naturellement rien, mais alors le pseudo prêteur pourra obtenir une condamnation des tribunaux, comme nous l'avons dit, et requérir une inscription judiciaire sur les immeubles de la succession. Que l'adjudication ait maintenant lieu au profit d'un tiers, le soi-disant prêteur se fera colloquer sur la part virile de l'héritier dans le prix et en remettra le montant à son client, après avoir prélevé une commission proportionnée à ses connaissances juridiques et à son habileté.

Mais écartons même toute hypothèse de dol ou de fraude. Un enfant ayant escompté sa part d'héritage n'a pas, bien qu'honnête, réussi dans ses entreprises et le père a dû lui faire des avances. Le père meurt, l'enfant avantagé devra déduire ces avances de la part qu'il peut réclamer. Cette dernière sera donc

complètement vide ou tout au moins diminuée. Mais cet héritier a lui-même des créanciers qui ont pu faire inscrire des hypothèques judiciaires ou bien il a lui-même consenti des hypothèques conventionnelles pendant l'indivision.

Sera-t-il équitable que ses cohéritiers en souffrent?

C'est pourtant ce qui arrivait avec la jurisprudence de la Cour de Cassation de 1887 à 1907. Nons n'exagérons pas en disant qu'il y avait là un grand péril pour le principe de *l'égalité des copartageants* qui, si cet état de chose avait continué, aurait fini par sombrer sous le dol et la fraude, par complicité entre les héritiers insolvables et les usuriers.

Ecoutons M. le procureur général Baudoin (1) : « Alors que de 1804 à 1887, la Cour avait à peine eu à rendre quatre ou cinq arrêts sur ce point, elle en a déjà rendu huit depuis 1887 (2) et le nombre des pourvois augmente sans cesse avec la résistance des tribunaux et des cours d'appel. De toutes parts à la faveur de la jurisprudence nouvelle, les spéculations louches se multiplient, les officines interlopes s'installent pour solliciter l'héritier débiteur d'un rapport en moins prenant dans une succession comprenant des immeubles et pour mettre à sa disposition le moyen infaillible de toucher deux fois sa part. C'est l'usure légalement introduite dans la place... »

---

(1) Conclusions précitées.

(2) En vingt ans et sans compter les Tribunaux et Cour d'appel.

Si on se souvient que notre conflit peut aussi se présenter en matière de communauté conjugale, de société, d'indivision pure et simple, on voit que la perturbation s'étend encore.

De plus, la question est la même au regard de toutes les hypothèques : conventionnelles, légales (1) ou judiciaires, constituées sur part indivise ou la frappant. Il n'y a d'exception que pour l'hypothèque maritime, pour laquelle les articles 18 de la loi du 10 décembre 1874 et 17 de la loi du 10 juillet 1885, dérogent expressément au principe de l'art 883, C civ. (2).

§ 2. — **La préférence aux cohéritiers, présente plutôt que la préférence aux créanciers hypothécaires, un intérêt « social ».**

On a pourtant prétendu qu'il n'était pas, de toute évidence, équitable de faire passer les cohéritiers avant les créanciers hypothécaires. Tous les auteurs que nous citons au cours de cet exposé, à une ou deux exceptions près, ont dit: L'intérêt des cohéritiers est d'ordre public, celui des créanciers hypothécaires n'est que d'ordre privé.

Mais M. Wahl a prétendu (3) : « Ce ne sont là que des mots ; l'intérêt social veut que le débiteur puisse

---

(1) Req. 12 mai 1875. — D. 1876. 1. 504. — Civ. 9 mars 1886. — D. 1886. 1. 353.

(2) Planiol. — Tr élém, de dr. civ. III. n° 2403, 2e éd.

(3) Rev. trim. de dr. civ, 1906. p. 804.

être contraint de payer ses dettes ; si son patrimoine est insuffisant pour satisfaire tous ses créanciers, la loi prend la défense de l'intérêt social en faisant passer d'abord tous ceux qui lui paraissent le plus digne de faveur. » Si la sécurité du créancier hypothécaire n'est pas sauvegardée, le crédit du débiteur se trouvera ruiné par cela même. Or, le fonctionnement du crédit est bien d'intérêt social et il semble que la qualification d'intérêt privé s'applique plutôt aux rapports qui ne sont établis que pour assurer le respect de la volonté du défunt. « En tout cas le rapport est écarté dans de nombreuses circonstances, il est illusoire dans beaucoup d'autres et, par suite, on ne peut raisonnablement soutenir que le législateur ait attaché un prix particulier à ce que le rapport ne se heurtât à aucun obstacle (1). »

Puis (2) : « On peut en tout cas dire avec autant de vérité, qu'il y a un intérêt social à ce que chaque propriétaire trouve du crédit. En attendant que la succession soit liquidée, l'héritier peut avoir besoin de fonds ; la possibilité de constituer une hypothèque sur un immeuble indivis, malgré l'éventualité d'une attribution au profit d'un cohéritier, laquelle enlèvera tout effet à l'hypothèque, lui permettra de se les procurer, mais à la condition que le créancier ait le droit de compter, qu'une adjudication au profit d'un tiers lui laissera tout le bénéfice de l'hypothèque. »

---

(1) Voir aussi l'article de Wahl au Liv. du Cent. du C. civ. t. I.

(2) Note au S. 1905 2 91. col. 3.

Disons, en passant, que le créancier ne sera pas difficile s'il se contente de la possibilité de ce hasard ; mais, plus sérieusement, on pourrait répondre comme l'a fait M. Pilon (1), que s'il est vrai de dire qu'il y a un intérêt social à ce qu'un propriétaire trouve du crédit, cela ne s'applique qu'aux personnes effectivement propriétaires : « Autant il est juste qu'un héritier qui est appelé à recueillir une part dans une succession trouve du crédit au moyen des immeubles indivis, autant il est injuste de procurer du crédit sur ces mêmes immeubles à un héritier qui, par suite du rapport de dettes, ne peut avoir droit à aucune fraction de ces immeubles. Et s'il y a un intérêt social en jeu, c'est bien plutôt pour mettre obstacle à ces moyens de crédit frauduleux et factices. »

La précaution la plus élémentaire, la première à prendre n'est-elle pas, pour un prêteur, de s'informer de la situation du débiteur vis-à-vis de la succession ? En pratique, comment cela se passe-t-il le plus souvent ?

Ou bien nous serons en présence d'un créancier qui, ayant consenti des prêts trop élevés à un dissipateur ou à un spéculateur malheureux, se sera fait délivrer par la suite une hypothèque judiciaire. Ce créancier n'a-t-il pas commis une grosse imprudence en prêtant ? Quelle pouvait être sa garantie ? Evidemment pas le patrimoine propre de son débiteur au moment où il a consenti le prêt, sans quoi il aurait

---

(1) Rev. trim. de dr. civ, 1905.

exigé la constitution d'une hypothèque conventionnelle sur les biens personnels de ce débiteur. Il fallait donc que notre prêteur comptât sur la part de succession de ce dernier. Or, rien n'était plus incertain que cette garantie. Que le débiteur vienne à mourir avant l'auteur dont il escomptait la succession, le prêt devenait irrécouvrable. Et ce n'est pas la seule circonstance qui puisse être néfaste au créancier. Pour parler franchement il a joué. S'il a perdu il n'est pas à plaindre, d'autant plus que presque toujours il aura, en raison même de l'incertitude de sa garantie, majoré considérablement le chiffre de sa créance.

Nous retombons dans les fraudes dont nous parlions plus haut. Qu'on essaye donc d'emprunter avec de telles sûretés pour gage au Crédit Foncier ! La plupart des notaires de veulent même pas de prêts de ce genre (1).

Ou bien nous serons en présence d'une hypothèque conventionnelle consentie pendant l'indivision. Le créancier aura prêté en escomptant toujours la part de succession de son débiteur. Or, il a encore — qu'on me passe l'expression — pris un véritable billet de loterie. Même en admettant qu'il ait fait preuve d'une prudence relative, c'est-à-dire qu'il se soit renseigné sur les droits de son emprunteur, se soit fait communiquer l'inventaire, l'expertise des biens, l'état des rapports dus, la valeur de son hypothèque restait toujours soumise à un gros aléa : le dénouement de la licitation. Que celle-ci ait lieu au

(1) Pilon. — Rev. trim. de dr. civ. 1905

profit d'un cohéritier, celui-ci étant censé avoir toujours été propriétaire des biens à lui échus, l'hypothèque était non avenue. Même pendant la période où la jurisprudence n'accordait pas l'effet déclaratif à la licitation au profit d'un tiers, le prêteur ne pouvait aucunement compter sur l'acquisition par un étranger sans avouer un calcul de surenchère ou de pression au moment de l'adjudication. Il ne se montre digne d'aucune pitié.

« Donc, mauvaise foi caractérisée ou tout au moins imprudence équivalente au dol ; le créancier hypothécaire sur part indivise ne peut presque jamais échapper à l'un ou à l'autre de ces reproches. Ils suffisent assurément, pour qu'il soit contraire à toute équité, de le préférer aux cohéritiers qui défendent l'égalité à laquelle ils ont droit, et qui ne doivent pas devenir les victimes des spéculations malhonnêtes de l'un d'entre eux (1). »

Nous croyons pouvoir dire que le crédit du débiteur est bien loin d'offrir un intérêt d'ordre social dans les circonstances présentes.

M. Wahl, après avoir montré comment selon lui l'intérêt du créancier hypothécaire est d'ordre public, puisqu'il a rapport au *crédit*, a insisté longuement (2) sur cette idée que le principe de l'égalité des copartageants n'est pas, elle, d'ordre public. « Le principe

---

(1) Baudouin. — Conclusions citées.

(2) Liv. du Centenaire du C. civ. t. I et Rev. trim. de dr. civ., 1906.

d'égalité, dit-il, (1) se manifeste dans le Code par l'obligation au rapport, la garantie des lots, l'action en rescision pour cause de lésion, le privilège des copartageants. »

Or, l'obligation au rapport peut être supprimée par le défunt (art. 843) et la jurisprudence interprète largement cet article puisqu'elle fait résulter la dispense de rapport de dispositions nombreuses qui ne la contiennent pas expressément.

Les héritiers peuvent renoncer à exiger le rapport (2).

L'héritier lui-même s'y soustrait en renonçant à la succession. On peut écarter la garantie des lots par la convention de partage (art. 884) ou une convention en renonciation postérieure.

Le copartageant lésé peut renoncer à l'action en rescision pour lésion (3).

Les copartageants peuvent renoncer à leur privilège ou en laisser abaisser le rang en ne le faisant pas inscrire dans le délai légal (art. 2113).

Par conséquent ce principe n'est pas « supérieur ». Il n'est pas plus d'ordre public que ne le sont les effets des contrats. Puisque soit le défunt, soient les cohéritiers peuvent y faire échec, il n'est fondé que sur leur volonté présumée ou exprimée. De plus, du moment où il restera aux cohéritiers une action per-

---

(1) Rev. trim. 1906, p. 790.

(2) Wahl, Tr. des succ , t. III, n° 2941 et autorités citées.

(3) Wahl, Tr. des succ., t. III, n° 3563.

sonnelle contre leur débiteur, le principe d'égalité ne sera pas violé.

Voilà presque textuellement l'objection de M. Wahl. Mais, tout d'abord, pourquoi parler de cette action personnelle puisqu'elle est absolument illusoire devant l'insolvabilité du débiteur ?

De plus, le raisonnement de M. Wahl démontre-t-il bien que l'égalité des copartageants n'est pas d'ordre public ?

Si un père de famille dispense un de ses héritiers de rapport, c'est qu'il entend l'avantager comme il pourrait le faire par un testament. Naturellement, dans un cas semblable, l'égalité entre copartageants est rompue et si le Code en a posé la règle, c'est seulement pour les cas ou le défunt n'a entendu avantager aucun de ses enfants. Nul ne songe à dire que le principe en question n'est pas d'ordre public parce que le père de famille peut lui faire échec par un testament. Nous croyons pouvoir laisser de côté l'hypothèse de la dispense de rapport et dire : Notre principe est d'ordre public parce qu'il s'applique, sans exception, à tous les cohéritiers non dispensés de rapports.

De même, s'il plaît à ceux-ci de se faire des libéralités entre eux, par exemple en renonçant à exiger le rapport de celui qui le doit, en renonçant à la garantie, à l'action en rescision pour lésion, au privilège du copartageant, cela empêchera-t-il l'égalité entre cohéritiers d'exister en principe et même en principe général intéressant toute la société ?

Ces cas sont bien différents, il nous semble, de celui

ou un cohéritier pourrait rompre l'égalité sans le consentement des autres, de sa propre autorité et au profit de créanciers hypothécaires qui souvent seront coupables des fraudes dont nous avons parlé. C'est si l'on souffrait cette pratique que les cohéritiers n'auraient plus des droits égaux et que le principe ne s'appliquant pas à tous ne serait pas un principe d'ordre social.

Et, peut-on dire encore en faveur des cohéritiers, s'ils ne sont pas préférés, on ne peut nier que, dans certains cas, les règles de la *réserve* seront violées. Or elles sont bien d'ordre public (1), puisque la loi a, en cette matière, restreint les pouvoirs du père de famille lui-même.

Pour donner un exemple concret, reprenons les chiffres que nous avons déjà cités au commencement de cet exposé : quatre héritiers doivent se partager une succession comprenant un immeuble de 63.000 fr. L'un d'eux est débiteur d'un rapport de 42.000 f., ce qui porte la succession à 105.000 f. Chaque héritier a droit au quart, soit 26.250 fr. et à une réserve de 19.687 f. 50. Or, si l'héritier débiteur de rapport a constitué une hypothèque sur sa part indivise et que le créancier hypothécaire soit admis à toucher la part de son débiteur dans le prix de l'immeuble soit $\frac{63.000}{4} =$ 15.750 fr., la réserve des autres subira une réduction globale de (19.687,50 — 15.750) × 3, c'est-à-dire 11.812 fr. 50.

(1) Besançon, 15 nov. 1901 précité. — Bourges, 28 mai 1902 précité.

Que répond M. Wahl ? « Même quand l'hypothèque empêchera la réserve d'être intacte, cette réserve restera entière en droit, c'est seulement en fait que les héritiers réservataires subiront un préjudice (1) ». Le recouvrement de la réserve est impossible lorsque le donataire est insolvable parce que la loi ne l'a pas garanti par un privilège.

Mais en vérité, il ne sera guère consolant, pour les héritiers réservataires, de savoir que s'ils sont lésés c'est en fait et non en droit.

Croira-t-on que, sincèrement, les créanciers hypothécaires soient plus dignes d'intérêt que les cohéritiers et qu'il n'y a pas d'intérêt social à empêcher qu'un cohéritier qui n'a que des dettes et rien à toucher, ne puisse se créer un crédit factice et frauduleux en hypothéquant des biens assurément indivis, mais sur lesquels, en définitive, il n'a rien à toucher par suite du rapport et des prélèvements dont il est tenu ?

Si les cohéritiers sont dans l'indivision ce n'est pas leur faute, c'est la conséquence de leur vocation héréditaire , uniquement, et ils sont tenus de subir les cohéritiers que la loi leur impose. Et l'on voudrait qu'ils fussent livrés, sans défense, à la malhonnêteté de l'un d'eux au profit d'un créancier hypothécaire qui lui a choisi sa place en connaissance de cause, on peut même dire d'une mauvaise cause ! Ce ne serait vraiment guère équitable.

Nous ne voyons pas qu'on puisse émettre de doute

---

(1) Wahl. — Rev. trim. de dr. civ. 1906, p. 792.

sur l'intérêt respectif des situations des cohéritiers et des créanciers hypothécaires.

§ 3. — L'intérêt du tiers adjudicataire

On a pourtant prétendu que l'intérêt du tiers adjudicataire marchait de pair avec celui de ces derniers.

Si, a-t-on dit (1), le partage fixe seul le droit du cohéritier débiteur de rapport sur l'immeuble licité, le tiers adjudicataire ne pourra payer avant le partage. Il ignore, en effet, quelles hypothèques existent sur l'immeuble, par suite, à quels créanciers il doit notifier. Gros inconvénient pour lui, sa propriété va rester incertaine. Il ne pourra purger. Les créanciers ne pourront-ils pas mettre obstacle à cette formalité, dont une opération, la notification, fait courir le délai de surenchère, tant qu'ils ne seront pas fixés eux-mêmes sur la valeur de leurs hypothèques ?

Il faut l'avouer, le tiers adjudicataire va se trouver dans une situation défavorable. Mais en résulte-t-il un sérieux argument d'équité à l'encontre des cohéritiers? Nous ne le pensons pas, pour la raison qu'en se portant adjudicataire il a accepté de plein gré la position où il se trouve. Il est très vrai que jusqu'à ce que le partage soit consommé, son droit va rester incertain, il sera exposé à des surenchères. Mais par cela même qu'il s'est rendu acquéreur d'un immeuble indivis, qu'il s'est immiscé dans une succes-

(1) Wahl. — Note au S. 1894. 1. 419.

sion non encore réglée par un partage, il s'est volontairement soumis aux inconvénients qui pouvaient en résulter. Et sa situation n'est pas désespérée. Il a le droit de provoquer le partage si celui-ci tarde trop, il peut même y intervenir. Il bénéficie comme tous les créanciers des dispositions de l'art. 882 C. civ. il est même en tant qu'adjudicataire créancier de l'obligation de garantie (1).

Suivant une théorie de M. Demolombe, cet argument de l'intérêt du tiers adjudicataire n'aurait même aucune valeur. Il a prétendu, en effet (2), que l'adjudication sur licitation, lors même qu'elle avait lieu au profit d'un étranger, fixait irrévocablement le prix et que par conséquent les créanciers particuliers des héritiers ne pouvaient surenchérir. Nous n'irons pas aussi loin et nous dirons plutôt avec M. Labbé (3) qu'admettre cette thèse reviendrait à reconnaître à un créancier plus de droits qu'à son débiteur. Or, il n'est pas nécessaire d'après l'art. 2185 C. civ. d'être inscrit sur la *totalité* de l'immeuble pour pouvoir

---

(1) D. Jur. gen. Succ. 2160. — Vente 838 et Suppl. Ventes 398. — Aubry et Rau IV, 5e éd., § 355, p. 374 et note 16. — Guillouard, I, 306. — Laurent, XXIV, 223. — Merlin, Répert., v° Tiers détenteur 15 et Quest. v° Garantie 10. — De Loynes, D. 1900. 2. 50. — Percerou, note, Pand. fr. 1905. 2. 215. — Garsonnet, VIII, p. 119-120, n° 2920. — Req. 16 décembre 1862. D. 1863 1. 161 et 18 mars 1895. D. 1895. 1. 505.

(2) Successions, V. 274.

(3) Note au S. 1889. 1. 193. — Dans le même sens Baudoin. — Conclusions précitées.

surenchérir. Les termes de cet article sont généraux : « ...Tout créancier dont le titre est inscrit... »

Ajoutons que l'opinion de M. Demolombe est restée isolée.

Mais il est pourtant un moyen de sauvegarder complètement le tiers adjudicataire. Ce moyen pratique a été proposé par la Chambre des notaires de Paris. Voici en quoi il consiste (1) : Le tiers adjudicataire peut faire ses notifications sans se préoccuper du partage à intervenir. Si alors les créanciers inscrits laissent passer le délai de 40 jours augmenté des délais de distance qu'institue l'art. 2185 C. civ., sans requérir la mise de l'immeuble aux enchères, la valeur de cet immeuble demeurera définitivement fixée. Si, au contraire, un créancier inscrit de l'un des cohéritiers surenchérit, il devra signifier cette surenchère à l'acquéreur et aux vendeurs.

Deux cas peuvent alors se présenter. Où les cohéritiers ne contesteront pas la surenchère et le prix sera fixé définitivement. Ou bien ils contesteront le droit du créancier surenchérisseur sous prétexte que son hypothèque peut être effacée par le partage ultérieur ; et dans cette dernière hypothèse le tribunal devant lequel sera portée la difficulté fixera un délai pour mettre fin au partage.

De cette manière personne ne pourra se prétendre lésé. Si l'adjudicataire est dépossédé, il ne pourra se plaindre puisqu'il aura fait ses notifications sans

---

(1) Ce moyen est rapporté par M. Baudoin. — Conclusions précitées.

attendre le partage. Les vendeurs qui pouvaient contester la surenchère ne pourront rien réclamer s'il leur en coûte parce qu'ils ne l'auront pas fait. Le nouvel adjudicataire enfin sera à l'abri de tout ennui par cela seul qu'aucune nullité n'aura été proposée relativement « aux formalités de la mise en vente trois jours au moins avant l'adjudication » (art. 838 C pr. civ.).

Suivant M. Giraud (1), une seule objection pourrait être faite à ce moyen en ce qui concerne les frais de notification dans un cas particulier : si après la surenchère et dans le délai qui leur sera imparti les héritiers procèdent au partage et si le lot du cohéritier qui a constitué l'hypothèque ne comprend aucune portion du prix, l'hypothèque s'évanouira de plein droit, la purge n'aura plus de raison d'être. Alors l'adjudicataire éprouvera un dommage par suite des premiers frais de la purge qu'il devra supporter.

Mais, même dans ce cas, si l'adjudicataire est lésé ce sera de sa faute, puisqu'il pouvait provoquer le partage et attendre. Dans la pratique il ne prendra pas tant de soucis. Tous les héritiers figurant dans son titre comme partie à la vente, il purge du chef de tous en notifiant son contrat aux créanciers que revèle l'état des inscriptions. Ceux-ci ne pourront faire ajourner l'échéance du délai de surenchère jusqu'à l'événement du partage. C'est à eux d'apprécier la valeur reelle de l'immeuble et de voir s'il est utile

---

(1) Rép. gén. du notariat et de l'enregistrement, art. 15556.

pour eux de susciter une plus-value, de surenchérir. Et s'ils font une surenchère, c'est aux copartageants d'estimer s'ils doivent la contester, parce que leur cohéritier n'a pas de droit dans l'immeuble. Créanciers et acquéreurs ont traité en connaissance de cause. L'intérêt du tiers adjudicataire n'est pas sacrifié, comme on l'a prétendu par la théorie qui préfère les cohéritiers aux créanciers hypothécaires.

§ 4. — Autres inconvénients de la préférence aux créanciers hypothécaires

Supposons que ces derniers aient la priorité, c'est-à-dire que l'immeuble ayant été acquis par un étranger à la succession, l'article 883 ne s'applique pas et que les droits réels provenant de tous les copartageants soient maintenus. De cet état de choses vont résulter immédiatement des actions récursoires entre les cohéritiers. Or, cela ne rentre pas dans les intentions du législateur qui a édicté cet article 883 pour éviter les recours de ce geure (1).

M. Wahl (2) dit qu'une action récursoire doit toujours être intentée quand le montant du rapport dépasse les droits de l'héritier débiteur dans les biens soumis au rapport. Elle n'est pas plus choquante dans cette hypothèse que dans la précédente; pas plus choquante que l'action personnelle que le créancier

---

(1) Baudry Lacantinerie et Wahl, t. III, 1re éd., nº 4310; 2e éd., nº 3290.

(2) Rev. trim. de dr. civ. 1906.

hypothécaire aurait à exercer contre le débiteur au cas où il verrait passer avant lui les cohéritiers.

Nous ne sommes pas de cet avis. Les actions récursoires entre cohéritiers seront d'autant plus *choquantes* qu'elles porteront sur une valeur plus grande. Or, on ne contestera pas qu'elles auront une base plus importante si le rapport n'est pas effectué du tout que s'il l'est en partie. D'autre part, l'action personnelle du créancier hypothécaire contre le débiteur nous paraît infiniment moins choquante qu'une action personnelle d'héritier à héritier, puisque l'un et l'autre, dès le début de leurs relations, ont été coupables d'imprudence consciente, peut-être même de fraude.

Leurs démêlés personnels ne seront pas intéressants.

Non, en toute équité, on ne peut considérer l'intérêt des créanciers hypothécaires comme préférable à celui des cohéritiers. A peine peut-on dire que les créanciers hypothécaires peuvent être quelquefois des mineurs et des femmes mariées qui ne peuvent guère faire prévaloir leurs intérêts dans le partage, ou des gens honnêtes qui auront accepté de prêter parce que les rapports provenant de donations mobilières, de dettes contractées envers le défunt, leur étaient inconnus. Il y a toujours imprudence à prêter un immeuble indivis, et ces prêteurs ont toujours, pour se défendre, le droit d'opposition et d'intervention au partage (art. 882 C. civ.).

En somme, la situation des cohéritiers paraît indiscutablement plus digne d'intérêt que celle des créanciers hypothécaires, et d'après les principes de l'équité,

la solution de notre conflit ne semble pas douteuse.

A priori il ne semblerait donc guère possible qu'en suivant les principes édictés dans nos lois on puisse arriver à résoudre contradictoirement le problème. Depuis plus d'un siècle qu'existe notre Code civil, en présence duquel il nous reste à traiter la question, personne n'a jamais prétendu qu'aucune de ses dispositions fut en contradiction avec la morale ou l'équité. Au contraire, les juristes français ou étrangers se sont toujours unanimement entendus pour reconnaître leur sagesse. On peut donc croire que si l'application de textes du Code semble conduire à un résultat injuste, c'est qu'ils ont été interprétés mal et contradictoirement aux intentions des rédacteurs.

Dans l'espèce qui nous occupe, il est impossible que nos lois refusent aux cohéritiers le paiement du rapport qui leur est dû pour en faire bénéficier un créancier hypothécaire.

DEUXIÈME PARTIE

Solution du conflit avec l'interprétation étroite de l'article 883

Pendant la période comprise entre 1887 et 1907, la Cour de Cassation, nous l'avons vu, refusa de reconnaître l'application de la « fiction de l'effet déclaratif » à la licitation au profit d'un tiers. En résultait-il forcément que les cohéritiers dussent être lésés? Nous ne le pensons pas, et nous allons chercher par quels moyens il était possible de sauvegarder leurs intérêts même avec l'interprétation restrictive de l'art. 883 C. civ.

CHAPITRE I

La théorie de la Cour de Cassation

Pourquoi, d'ailleurs, l'interprétation étroite de l'article 883. C. civ. n'aurait-elle pas laissé place à la reconnaissance des droits des cohéritiers? Voici la thèse soutenue par la Cour de Cassation à ce sujet : Elle admit comme conséquence immédiate de l'absence d'effet déclaratif, que les hypothèques inscrites sur l'immeuble, par les créanciers des cohéritiers, subsistaient sur la part virile de leur débiteur dans l'immeuble, nonobstant l'attribution qui serait faite du prix d'adjudication à un autre héritier, pour compenser le rapport en moins prenant dont leur débiteur était comptable envers la succession.

Elle raisonnait ainsi : L'art. 883 ne s'appliquant pas, la licitation au profit d'un tiers n'est plus un incident du partage, mais une vente pure et simple. Alors en appliquant les règles de la vente, on dira : l'immeuble a été vendu à l'adjudicataire par la masse des cohéritiers, il passe entre les mains de l'acheteur grevé des charges qui ont été constituées pendant l'indivi-

sion par le cohéritier, dont il est l'ayant cause. Nous trouvons dans les attendus de l'arrêt de Cassation du 21 juin 1904 (1) : « Les droits qui ont pris naissance du chef des colicitants ou de l'un d'eux pendant l'indivision, subsistent sur les objets licités avec tous les effets que leur ont donnés la loi ou la convention des parties. » Chacun des héritiers a transféré l'immeuble au tiers acquéreur à concurrence de sa part héréditaire et dès lors dans cette même proportion les hypothèques consenties au cours de l'indivision par l'un d'eux, doivent produire leur effet. « Elles subsistent, dans la limite où les cohéritiers ont été copropriétaires et ensuite covendeurs (2) », sans qu'il y ait lieu de se préoccuper, ni de la liquidation ultérieure de la succession, ni de l'attribution qui serait faite du prix.

Tous les arrêts de Cassation qui refusent l'effet déclaratif à la licitation, au profit d'un tiers, en ont tiré la conséquence que nous sommes en train d'exposer et spécifient que l'hypothèque vaut toujours sur la portion du prix, représentant la part qu'avait, dans la propriété, le colicitant qui l'a constitué.

En d'autres termes, l'acquéreur est l'ayant cause des cohéritiers. Chacun d'eux lui a vendu l'immeuble dans la mesure où il en était copropriétaire au moment de la vente, c'est-à-dire à concurrence de sa vocation héréditaire ; les hypothèques existant de son

---

(1) S, 1905. 1. 273. — D. 1906. 1. 42.

(2) Brouchot. — Conclusions, Seine, 12 avril 1904. — Gaz. du Pal. 1904. 1. 669.

chef sur sa part indivise, continuent de grever l'immeuble et confèrent au créancier, un droit de préférence sur la portion du prix revenant à son débiteur. Il importe peu que le prix d'adjudication soit plus tard attribué dans le partage aux cohéritiers, de celui qui a constitué l'hypothèque.

Par conséquent le créancier hypothécaire doit être payé sur le prix, de préférence aux héritiers, auxquels est dû un rapport de dettes, car selon l'expression même de la Cour de Caen dans son arrêt du 1er mai 1899 (1) : « Ce rapport ne constitue au profit des héritiers qu'une créance chirographaire primée par la créance dont l'hypothèque n'a pas cessé de grever l'immeuble licité (2) ».

Voilà la théorie préconisée par la Cour de Cassation et adoptée par quelques Cours d'appel. Mais le plus grand nombre de ces dernières, la majorité des auteurs qui ont écrit sur la question ne l'ont pas acceptée.

---

(1) S. 1903. 2. 103. — D. 1900. 2. 49.

(2) En ce sens Laurent, Colmet de Santerre, ouv. cités.

CHAPITRE II

Moyens proposés pour éviter le conflit

Et d'abord n'existait-il pas des moyens d'éviter le conflit? Les auteurs croyant au bon droit des cohéritiers en ont cherché. Leurs adversaires mêmes ont uni leurs efforts dans le même sens, espérant prouver que les cohéritiers, ayant la possibilité d'être protégés, n'étaient pas aussi dignes d'intérêt qu'on voulait bien le dire.

SECTION PREMIÈRE

Moyens offerts au père de famille

§ 1er. — Partage d'ascendant

On a proposé au père de famille de faire un *partage d'ascendant*. Mais ce premier moyen n'est pas pratique et le remède risquerait d'être pire que le mal. On sait les discordes qu'un partage de ce genre suscite

dans les familles et les recours indéfinis qu'il engendre (1).

§ 2. — Testament

On a alors songé à un testament. En ligne directe le père de famille pourrait léguer la quotité disponible à ceux des cohéritiers qui risqueraient d'être lésés par le fait d'un de leurs copartageants. En ligne collatérale il lui serait loisible de léguer les immeubles aux cohéritiers qui lui paraissent dignes de toute confiance, à charge pour eux de tenir compte à la masse d'une somme d'argent représentant la valeur des immeubles. En même temps, le testateur léguerait aux héritiers débiteurs de rapport le montant de ce rapport lui-même, en ajoutant que leurs cohéritiers pourraient prélever des sommes égales sur les valeurs réalisées (2).

Il serait même possible d'insérer dans ce testament des clauses pénales pour les récalcitrants.

Par malheur ce moyen est presque impraticable. Que de difficultés pour rédiger un acte de cette nature ! Et même, si on y parvenait, que de complications !

Puis, si la succession ne comprend que des immeubles et que les cohéritiers, à qui le père de famille les aura légués, ne puissent acquitter les soultes, le moyen manquera complètement.

---

(1) Planiol, Tr. élém. dr. civ., 2e éd., t. III, n° 3351, loc. cit.
(2) Cité par Baudouin, conclusions précitées, D., 1908, I, 113.

Et, pour y songer, encore faut-il que le testateur connaisse le danger auquel il faut remédier. Or, ce danger ne naît le plus souvent que pendant l'indivision, c'est-à-dire après la mort du testateur.

§ 3. — Vente des immeubles

Que le père de famille vende alors tous ses immeubles? C'est impossible. Il peut tenir aux biens qui viennent de sa famille et qui, durant sa vie, ont été le sujet de ses soins et de ses préoccupations. Puis, est-il facile de vendre ainsi des immeubles à toute époque? Et leur propriétaire sait-il quand il mourra? pour pouvoir se décider à la mise en vente vers la fin de sa vie.

Il faut donc tourner les recherches d'un autre côté.

SECTION II

Moyens offerts aux cohéritiers

§ 1er. — Privilège du copartageant de l'art. 2103

Des tribunaux, des auteurs et notaires ont essayé de garantir les cohéritiers bénéficiaires du droit de rapport au moyen du privilège du copartageant énoncé dans l'art. 2103 C. civ., § 3.

« Ce privilège, suivant MM. Aubry et Rau (1), a pour

(1) T. II, 5e éd., L. 289, § 263. En ce sens, Cass., 16 janvier 1896, précité. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Privilèges et Hypoth., t. I, n° 613. — Guillouard, op. cit., t. II, n° 507.

objet de maintenir l'égalité entre copartageants en les garantissant réciproquement de toutes les pertes qui auraient pour résultat de la rompre. Il s'applique donc à la garantie de toutes les valeurs, soit mobilières, soit immobilières, qui dépendant de la masse commune comme chose principale ou accessoire, ont été comprises au partage et assignées à un ou plusieurs des copartageants et notamment aux rapports à faire entre cohéritiers, ainsi qu'aux restitutions de fruits dus par l'un des copartageants ».

Il en résulte que ce privilège doit garantir les rapports et les restitutions de jouissance, car celles-ci font partie de la masse au même titre que les autres biens (1) : *fructus augent hereditatem* ».

Mais s'est-on d'abord demandé quels immeubles grève ce privilège et à quelle époque doit-il être inscrit pour être valable ?

D'abord, aux termes de l'art. 2103 - 3°, ce privilège grève tous les immeubles de la succession, qu'ils soient déjà partagés ou encore indivis. Il a été jugé (2) que l'art. 2109, suivant lequel le cohéritier ou copartageant doit, pour conserver son privilège sur les biens de chaque lot ou sur le bien licite, prendre une inscription dans un certain délai ne dérogeait pas à l'art. 2103. L'art. 2109 est purement énonciatif.

---

(1) Giraud, Revue trim. de dr. civ., 1904. p. 533. — Loc. cit.

(2) Paris, 18 mars 1901. — J. des Not., 1901, p. 442. Cass., 15 janvier 1896, précité. — Guillouard, Priv. et hyp , t. II, n° 506. — Baudry - Lacantinerie et de Loynes, Priv., t. I, n° 623.

En second lieu, pour être opposable aux tiers, et par suite aux créanciers hypothécaires de notre problème, ce privilège semble devoir être inscrit dans les 45 jours pour la conservation du droit de suite et dans les 60 jours pour la conservation du droit de préférence, le tout « à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication sur licitation. » (Art. 2109, C. civ. et loi 23, mars 1855).

Est-ce à dire que le privilège ne pourra pas être inscrit avant cet acte de partage ou cette adjudication sur licitation ? En présence du texte il paraît oiseux de se le demander. Pourtant la Cour de Cassation a admis (1) que l'esprit de la loi n'était pas ici rendu parfaitement par les termes. Suivant son interprétation, la fin du 45e ou du 60e jour fixe une limite après laquelle le privilège ne pourra plus être inscrit utilement, mais une inscription pourra très bien être prise pendant l'indivision pour garantir une créance déjà née.

Si le plus souvent, a dit la Cour suprême, le privilège du copartageant ne peut être inscrit avant le partage, c'est que, les attributions définitives n'étant pas faites, il n'y a ni créanciers, ni débiteurs parmi les cohéritiers. Mais, au cas où une créance naîtrait au profit d'un cohéritier contre un autre avant que l'indivision n'ait pris fin, l'article 2109 du C. civ., qui vise exclusivement le délai après lequel le privilège ne peut plus être inscrit, ne s'oppose pas à ce que

---

(1) 15 janvier 1896, précité.

son inscription ait lieu dès la naissance du droit qu'il peut garantir.

M. Tissier l'exprime très bien en disant : L'article 2109 ne s'oppose pas à ce que l'inscription du privilège soit faite avant le partage definitif, si la créance à garantir existe. Bien que les lots n'aient pas encore été tirés au sort, il est certain qu'un des cohéritiers est débiteur des autres d'une somme déterminée ; l'attribution des lots n'y pourra rien changer (1).

Dans le conflit que nous examinons, le rapport dont un héritier est débiteur peut très bien être connu avant le partage. Les cohéritiers créanciers pourront donc faire inscrire leur privilège dès que sera né leur droit au rapport, c'est-à-dire dès l'ouverture de la succession. De même, s'il s'agissait de rapports de valeur indéterminée, tels qu'une restitution de fruits, l'inscription pourrait être utilement prise le jour où leur montant aurait été arrêté, soit à l'amiable, soit en justice.

Suivant M. de Loynes, une créance, même *éventuelle,* pourrait servir de base à l'inscription du privilège de l'art. 2103, à la condition de l'évaluer, car, de même qu'on peut inscrire une hypothèque pour garantir une créance indéterminée ou même éventuelle, de même on doit avoir le droit d'inscrire un

---

(1) Note au S 1896, 1, 497, § 2.

privilège immobilier qui n'est en somme qu'une hypothèque privilégiée (1).

Le point de départ du délai étant connu, quel en sera le terme ?

Le 45e ou le 60e jour « à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation », avons-nous vu dans le texte. Mais ici encore il faut bien se pénétrer de l'esprit de la loi. Elle a en vue le *partage immobilier*, et non la liquidation, qui peut n'avoir lieu que longtemps après (2). C'est en ce sens que se prononcent généralement la doctrine et la jurisprudence. Suivant cette dernière, lorsque le tirage au sort des lots précède la licitation, c'est du jour de ce tirage que court le délai pour inscrire (3).

Ici se présente une difficulté : tant que la liquidation définitive n'aura pas eu lieu, des créances peuvent rester dans l'ombre. Or, pour bénéficier du privilège, il faudra le faire inscrire dans le délai prescrit, à partir du partage immobilier. Et ce délai sera souvent expiré lorsque sera faite la liquidation.

---

(1) Giraud, Rev. trim., 1904. — En ce sens : De Loynes, Note au D., 1900, 2, 49. — Tissier, Note au S. 1896, 1, 497. — Baudry-Lacantinerie et De Loynes, Op. cit., t. I, n° 827. — Guillouard, t. III, n° 1295.

(2) Giraud, Rev. trim. de dr. civ., 1904, art. précité.

(3) Cass., 23 juillet 1839. — S. 1839, 1, 560. — Montpellier, 4 janvier 1845. — S. 1845, 2, 371. — D. 1845, 2, 102. — Agen, 6 février 1852. — S. 1852, 2, 233. — D. 1852, 2, 118. — Aubry et Rau, t. II, § 278, p. 362. — Thézard, Priv. et hyp., n° 310. Baudry-Lacantinerie et De Loynes, t. I, n° 129. — Guillouard, t. III, n° 1296.

Cet écueil peut être évité en adoptant la théorie qui permet d'inscrire le privilège pour garantir une créance même éventuelle (1).

Nous avons expliqué en quoi consistait le privilège de l'article 2103. Comment, avec son aide, les cohéritiers pourraient-ils échapper aux prétentions des créanciers hypothécaires ? Très simplement, en faisant inscrire ce privilège sur la part revenant au débiteur de rapport dans l'immeuble indivis. A quelle époque ? Pendant la période comprise entre l'ouverture de la succession, date de la naissance du rapport, et le 60e jour après la licitation (2).

---

(1) Giraud, Rev. trim. de dr. civ., 1904, art. précité.

(2) M. Giraud (Rev. trim., 1904, art. précité) va même plus loin. Il prétend que la licitation au profit d'un tiers ne produisant que les effets de la vente, elle engendrera un privilège soumis, non à l'art. 2109, mais au droit commun. Comme l'inscription de ce privilège ne comporte pas de délai, elle pourra être prise jusqu'à la transcription de la vente au tiers étranger à l'indivision, qui arrête le cours des inscriptions (art. 3, loi 23 mars 1855).

Pourtant, il recommande une précaution : il fait observer (art. précité, p. 538) qu'en présence d'une licitation au profit d'un tiers, les cohéritiers devront mentionner, soit dans le cahier des charges préalable à la vente, soit dans la vente elle-même, le privilège du copartageant. « Car si tous les héritiers se contentaient de vendre conjointement, sans autre explication, ils seraient censés avoir vendu selon leur part virile, et l'acquéreur qui aurait versé au débiteur du rapport sa part de prix ne pourrait être recherché par les autres héritiers à cause de la garantie à laquelle ils sont tenus envers lui et qui est en général considérée comme indivisible. D'ailleurs, en pratique, la solidarité est presque toujours stipulée entre vendeurs de biens indivis à raison de la garantie de la vente. »

Ce privilège du copartageant proposé par plusieurs auteurs, admis par plusieurs Tribunaux et Cours d'Appel (1), n'a malheureusement pas été accepté par la Cour de Cassation, et nous avouons nous rallier à l'opinion de cette dernière. Elle a prétendu qu'aux termes formels des art. 2103-3e et 2109, le privilège des copartageants n'existait que si l'indivision se dénouait au profit de l'un des copropriétaires (2). Même si l'article 2109 ne devait pas être interprété restrictivement, ce privilège n'aurait pas lieu de s'appliquer lorsque la licitation se termine au profit d'un tiers, car ici il n'y aurait place que pour le privilège du vendeur (3). Ce privilège auquel aucune rétroactivité n'est attachée, doit respecter les hypothèques du vendeur, inscrites non seulement avant la vente mais même avant la transcription de la vente (4).

Suivant M. Wahl, qui a soutenu la thèse de la Cour Suprême, on ne pourrait échapper à cette objection même en attribuant l'effet déclaratif à la licitation au profit d'un tiers. Car ce seraient toujours les règles

---

(1) Nîmes, 19 juin 1893 confirmé par Cass. 15 janvier 1896 précité. — Colmet de Santerre, t. IX, n° 6 *bis*.— Planiol, t. II, n° 3142. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. 1, n°s 301, 787, 804, 823, 829. — Valette, De l'effet de l'inscription du privilège immobilier. — Aubry et Rau, t. III, § 290, p. 806. — Tr. de la Seine, 12 avril 1904. — Gaz. Pal., 1904, 1. 669.

(2) Cass. 26 juin 1895 — S. 1896, 1. 481. — D. 1896, 1. 548 — 19 octobre 1896. — D. 1897, 1. 44.

(3) Cela parait vraiment opposable à la théorie de M. Giraud.

(4) En ce sens Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — Tr. des priv. et hyp., 3e édit. t. I, n° 823.

de la vente qui régiraient les rapports entre colicitants et acquéreur ou adjudicataire. Si on n'écartait pas le privilège des copartageants qui protège l'action en garantie, l'acquéreur lui-même en bénéficierait, ce qui serait absurde. De plus, le privilège du copartageant frappe exclusivement les immeubles alors qu'il existe un privilège du vendeur aussi bien sur les meubles que sur les immeubles. « L'acquéreur de meubles indivis ne serait donc soumis à aucun privilège, alors qu'il en est autrement de l'acquéreur de meubles appartenant à un propriétaire unique (1) » ce qui est illogique.

Le privilège de l'art. 2103 ne peut, à plus forte raison s'appliquer si on n'accorde pas l'effet déclaratif à cette licitation au profit d'un tiers. M. Wahl fait remarquer que l'art. 2109 dit simplement que pendant 60 jours « aucune hypothèque ne peut avoir lieu sur le bien chargé de soulte ou adjugé par licitation au préjudice du créancier de la soulte ou du prix (2) » ou en d'autres termes : le privilège inscrit dans les 60 jours à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication sur licitation remonte au jour du partage ou de la licitation. Si alors les auteurs ou la jurisprudence (3) le font remonter au jour de l'ouverture de la succession c'est à cause de l'art. 883. Si celui-ci fait défaut, l'art. 2109 seul s'applique.

---

(1) Rev. trim. de dr. civ. 1906, p. 787 et 788.

(2) Wahl, loc. cit.

(3) Cass. 29 mars 1892 précité et Wahl, Tr. des succ., t. III, n° 3334.

« Donc à supposer que le privilège garantissant le recouvrement du prix d'une licitation prononcée au profit d'un étranger soit le privilège des copartageants, il ne prime pas les hypothèques constituées avant la licitation. Ceux qui adoptent l'opinion contraire ne font que revenir d'une manière dissimulée et peut-être inconsciente à l'effet déclaratif repoussé par la Cour de Cassation » (1).

Une autre objection a encore été posée (2). Si l'effet déclaratif ne se produit pas, les créances d'attribution ne naîtront qu'à l'instant de la liquidation. A ce moment il n'y a plus à partager que le prix de l'immeuble. Comment alors faire état du privilège du copartageant qui ne porte que sur les immeubles?

Ne pourrait-on répondre qu'il s'exercera sur le prix substitué à l'immeuble, de même que cela est admis dans la collocation des ordres.

Non, car la situation est différente. Dans les ordres, les privilèges et hypothèques ont pris naissance sur les immeubles eux-mêmes, tandis que dans le cas qui nous occupe le privilège du copartageant ne pouvait exister avant la créance d'attribution et celle-ci est née sur une somme d'argent.

Le jugement du tribunal de la Seine, à l'audience duquel cette objection fut soulevée par M. le substitut Brouchot, a pourtant admis le privilège du copartageant tout en reconnaissant qu'il était moins

---

(1) Wahl, Rev. trim. dr. civ., p. 789.

(2) Conclusions de M. le substitut Brouchot — Seine, 12 avril 1904, précité.

pratique encore que le prélèvement de l'art. 830, puisque sous peine d'avoir été inscrit dans les 60 jours (art. 2109) il n'avait d'effet qu'à son rang (art. 2113).

Seulement, nous devons reconnaître à notre tour, qu'on a peine à comprendre que le privilège du copartageant pûisse être utilement exercé au cas ou la licitation étant tranchée au profit d'un tiers étranger il n'y avait pas d'effet déclaratif.

M. Charmont, qui pourtant a défendu les droits des cohéritiers, l'avoue (1). M. Baudouin, lui aussi, admet que les art. 2103 et 2109 semblent bien supposer qu'il s'agit d'un immeuble mis dans le lot d'un cohéritier ; « le privilège s'inscrivant sur les biens composant le lot des cohéritiers débiteurs d'une soulte » (2).

§ 2. — Partager avant de liciter

Il fallait donc chercher d'autres moyens. Les adversaires des cohéritiers en ont proposé eux-mêmes, avons-nous dit, pour démontrer que ceux-ci n'étaient pas tant à plaindre qu'on pourrait croire au premier abord.

On a cru trouver dans certains arrêts de la Cour de

---

(1) Rev. critique 1906, p. 324. Dans le même sens, J. des notaires, art. 27. 494. — 1902, p. 11.

(2) Conclusions précitées D. 1908. 1. 113.

Cassation (1) l'indication d'un procédé qui consisterait à régler, avant la licitation, le sort du prix de celle ci, c'est-à-dire à partager le prix évalué de l'immeuble en l'attribuant à ceux des cohéritiers qui n'auront pas de rapport à effectuer. En ce cas, l'effet déclaratif s'appliquerait à ce prix, car son attribution équivaudrait à celle de l'immeuble lui-même.

Nous trouvons dans l'arrêt de la Cour de Cassation du 18 juin 1900 : L'art. 883 est applicable si « par une convention antérieure à la licitation, les cohéritiers ont liquidé tous leurs droits et fixé définitivement leurs parts dans les valeurs successorales, y compris le prix à provenir d'un immeuble qui doit être licité ; cette convention de partage mettant fin à l'indivision doit produire les effets déterminés par l'art. 883, du jour où elle est intervenue ».

Ainsi le prix échappera aux créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur de rapport (2).

Mais ce moyen est bien difficile à employer pratiquement. On comprendra sans peine qu'il soit peu aisé de partager le prix de la licitation avant de connaître son montant. Même en l'essayant, les parties s'exposeront à commettre des exagérations et, dans leur désir de faire des lots égaux, feront, le plus souvent, une évaluation du prix de l'immeuble trop forte ou insuffisante.

---

(1) Cass. civ. 17 février 1892. — S. 1894. 1. 417. D. 1892. 1. 191. Cass. req. 19 octobre 1896 précité. Cass. civ. 18 juin 1900 précité, 21 juin 1904 (2e arrêt) précité.

(2) Cass. civ., 21 juin 1904 précité. — 19 mars 1906 Gaz. des Tr. 1906. 1. 191.

Un autre écueil se présente encore. En attribuant le prix de l'immeuble à l'un d'entre eux, les cohéritiers s'interdisent de stipuler que si la licitation est dénouée au profit d'un copartageant, le prix sera compris dans son lot. Or, cette clause a l'avantage d'éviter des droits fiscaux importants et elle est presque devenue de style dans les cahiers des charges de licitation (1).

Plusieurs auteurs (2) ont même posé à ce moyen une objection d'ordre théorique.

Sur quoi se base-t-on, disent-ils, pour prétendre que la date à laquelle aura lieu cette convention ait une telle importance et que celle-ci suivant la licitation ne produise pas l'effet déclaratif, alors que si elle la précédait elle le produirait ?

---

(1) Voici en quel sens cette clause d'attribution est faite en pratique : Si l'adjudication est prononcée au profit de l'un des copropriétaires, il ne sera pas déclaré adjudicataire, mais le prononcé de l'adjudication vaudra simplement engagement par les autres copartageants de faire attribution du bien acquis au copropriétaire adjudicataire pour son lot.

Il est admis en droit fiscal qu'une adjudication avec cette clause portée au cahier des charges, n'emporte pas mutation ; on se base pour l'accepter sur l'art 985 C. pr. civ. qui permet en matière de partage, aux parties majeures et capables, d'abandonner, en tout état de cause, les voies judiciaires. La clause d'attribution est interprétée comme un retour à un partage amiable. Fait curieux, le droit civil n'admet pas l'interprétation du droit fiscal. En droit civil, l'attribution de propriété est immédiate et l'indivision cesse.

(2) Percerou. Note aux Pand. fr. 1905. 2. 212. — Ambroise Colin. Note au D. 1906. 1. 41. — Baudouin. Conclusions au D. 1908 1. 113.

C'est à ce propos qu'il a semblé illogique que par le fait seul, que la liquidation aura suivi la licitation, les créanciers hypothécaires puissent saisir la part héréditaire de leur débiteur, quand même cette liquidation réduirait plus tard cette part, à peu de chose ou à rien. C'est une théorie « singulière et d'une subtilité peut-être excessive, que celle qui subordonne ainsi la solution d'une question capitale de fond du droit, à un hasard de procédure. Théorie bien gênante en tout cas, au point de vue pratique, car si elle devait être admise, il faudrait renoncer à liciter l'immeuble indivis pour le compte de la succession et l'attribuer, d'après sa valeur estimative à celui ou ceux des copartageants qui ont des prélèvements à opérer, sauf à ceux-ci à vendre ensuite l'immeuble à leurs risques et périls, procédé fâcheux qui entraverait gravement les liquidations (1). »

Il est, de plus, un dernier argument qui rendra presque impossible ce partage avant licitation.

D'après l'art. 828, C. civ. le notaire ne doit faire les comptes et former les lots « qu'après que les meubles ou immeubles ont été estimés et vendus. » L'art. 978 C. pr. civ. qui énumère dans leur ordre les formalités du partage, place la licitation avant le compte des rapports et la formation des lots.

Or, il est admis que l'ordre des formalités ne peut être interverti sans le consentement unanime des parties (2). Cela semble naturel, la loi s'exprimant

(1) Perceron, loc. cit. Pand. fr. 1905. 2. 212.

(2) Cass. req. 27 mai 1903. — S. 1903. 1. 528. (sol. impl.)

impérativement, c'est un droit pour chacun des copropriétaires d'exiger que ses prescriptions soit observées. C'est donc l'héritier débiteur de rapport, qui sera maître de la situation. Selon qu'il donnera ou qu'il refusera son consentement à l'interversion des opérations, ses cohéritiers ou ses créanciers hypothécaires seront favorisés. Cela lui sera généralement indifférent, mais il en profitera justement pour mettre sa décision aux enchères, ce qui n'est pas très moral (1).

Et si l'un des copartageants est mineur, cette interversion deviendra dans tous les cas impossible, car le tribunal ne peut homologuer une liquidation dans laquelle figurent des mineurs, que si toutes les opérations ont été conformes à la loi (2).

Ce moyen a encore été proposé sous la forme légèrement différente de *partage en nature.* Au fond le procédé est le même. Si l'immeuble est impartageable il faudra bien se contenter d'en estimer sa valeur et d'en partager le prix approximatif. Aussi les difficultés d'ordre pratique subsistent-elles toujours.

Et puis les créanciers héréditaires peuvent s'opposer à ce partage en nature et frapper de saisie les

---

(1) Wahl, Rev. trim. dr. civ. 1906, art. précité.

(2) Suivant une jurisprudence étrangère (Bruxelles, 17 nov. 1903.— Pasier, 1904. 3. 64) le consentement de l'héritier majeur ou mineur qui, par suite de rapports ou pour toute autre cause n'a rien à prétendre dans la succession, est inutile. Mais le compte des prélèvements peut seul établir ce point, et ce compte ne peut, sans la volonté de tous les héritiers majeurs, précéder la licitation. (Voir le paragraphe 3).

biens de la succession qui doivent alors être vendus dans les formes déterminées par la loi (1).

§ 3. — Convenir que le rapport s'effectuera sur la part du débiteur

On a essayé d'un autre expédient (2) : Les cohéritiers pourraient simplement dresser le compte des rapports avant la licitation en convenant que le rapport s'effectuerait sur la part du débiteur dans le prix de la licitation. Le partage n'aurait bien lieu ici qu'après la licitation.

Mais l'objection, au moyen précédent, a sa place ici : Le compte des rapports ne peut précéder la licitation, que si tous les copartageants sont majeurs et y consentent.

L'auteur même qui a proposé ce procédé avoue un peu de valeur pratique.

§ 4. — Licitation entre seuls cohéritiers

Il fallait encore chercher ailleurs. On a dit (3) : Puisque le conflit vient de ce que la licitation se dénoue au profit d'un tiers, la manière la plus simple de l'empêcher est pour les cohéritiers de n'admettre aucun étranger à la licitation. Mais pour que cette convention soit valable, il faut encore que tous les

---

(1) Aubry et Rau VI. p. 538. 4e édition.

(2) Wahl. — Rev. trim. dr. civ. 1906. p. 807 et 808.

(3) Wahl, Rev. trim. de dr. civ., 1906, p. 807.

héritiers y consentent (1) (art. 1687 C. civ.) et soient majeurs (art. 1687 et 460 C. civ.).

Cette limitation causerait, de plus, le danger de diminuer le nombre des enchérisseurs, partant de faire vendre l'immeuble moins cher.

§ 5. — Qu'un des cohéritiers se porte adjudicataire

Ce qu'il faudrait, c'est que l'effet déclaratif se produise. Or, il semble que tout en admettant les étrangers à enchérir, les cohéritiers pourraient s'entendre afin que l'un d'eux se porte adjudicataire, ou qu'ils se portent tous adjudicataires indivisément, puisque la jurisprudence reconnaît maintenant que l'art. 883 C. civ. s'applique à l'adjudication au profit de plusieurs cohéritiers.

Mais il pourra se faire qu'aucun héritier ne veuille ni ne puisse se porter adjudicataire. Les enchères monteront peut-être à un prix trop élevé pour qu'il y ait avantage à acquérir l'immeuble et aucun des copartageants ne sera peut-être en mesure de l'exploiter s'il s'agit par exemple d'une usine ou d'un immeuble servant à une entreprise qui nécessite des connaissances et des aptitudes speciales.

Il arrivera aussi que lors de l'adjudication l'hypothèque ne sera pas encore inscrite. Le délai pour inscrire n'expire qu'à la transcription de l'adjudication.

---

(1) Wahl, Tr. des succ., t. III, n° 2487.

Dans ce cas, les héritiers n'auront pas eu connaissance du danger auquel il fallait parer (1).

Ce moyen n'est pas encore vraiment pratique.

§ 6. — Prélever l'immeuble lui-même

Le Comité des notaires des départements ne s'est pas laissé rebuter et a encore cherché ailleurs. Voici le moyen qu'il propose (2) : Les cohéritiers demanderont d'abord au tribunal d'ordonner la liquidation des droits et le règlement des comptes avant licitation (3). Puis ils prélèveront pour se remplir du rapport à eux dû l'immeuble sur lequel une hypothèque a été constituée par le cohéritier débiteur de ce rapport. L'immeuble attribué à titre de rapport bénéficiera donc de l'effet déclaratif et les hypothèques le grevant disparaîtront. Les cohéritiers créanciers pourront alors vendre l'immeuble s'ils le veulent, mais cette vente ne sera pas obligatoire, l'immeuble étant sorti de l'indivision.

Ce moyen est-il réellement meilleur que les précédents ? On peut en douter. M. Wahl le considère même comme inférieur parce qu'il aura l'inconvénient de

---

(1) Baudouin, conclusions précitées, D. 1908. 1. 113.

(2) A l'instigation d'un de ses membres ; M. Cossard. V. Circulaire du comité des notaires des départements, 1901, n° 252, p. 159 et s.

(3) En effet, les art. 828 et 831 C. civ. combinés disent que les comptes entre héritiers, c'est-à-dire les rapports précédent la composition des lots. Cet ordre est également prescrit par les art. 976 et 979 C. pr. civ.

donner aux cohéritiers un immeuble dont ils ne sauront que faire et qu'ils devront revendre.

Ce procédé n'a pas non plus la supériorité sur les autres d'être *légal*. Si les art 828 et 831 C. civ., 976 et 979 C. pr. civ. veulent que les rapports soient antérieurs à la composition des lots, il n'en résulte pas qu'on puisse prélever les immeubles non encore vendus au moment où sont dressés les comptes. « Car, d'autre part, le Code civil et le Code de procédure sont d'accord pour exiger que les immeubles soient (s'ils doivent être vendus, c'est-à-dire s'ils sont impartageables) mis en vente avant que les comptes ne soient dressés. En demandant que la loi soit observée, les héritiers ne peuvent donc obtenir que la licitation suive les comptes. L'art. 828 est tellement formel en sens contraire que l'erreur sur laquelle repose le raisonnement du comité nous paraît extraordinaire (1). »

De tous ces moyens indiqués, aucun ne peut donc être utilement employé en pratique.

L'opinion des praticiens qui ont réservé leurs sympathies aux cohéritiers est résumée dans une phrase du Journal des Notaires. Nous trouvons (2), à propos de l'efficacité des moyens proposés : « A quelque point de vue qu'on se place pour échapper aux inconvénients créés par la doctrine de la Cour de Cassation, on se heurte à des objections auxquelles on ne peut se soustraire. »

---

(1) Wahl. — Rev. trim. dr. civ., 1906, p. 811.

(2) Janvier 1902, art. 27494, p. 11.

D'autre part, M. Wahl qui a reproduit et cherché à justifier dans plusieurs articles la théorie de la Cour de Cassation en faveur des créanciers hypothécaires, reconnaît (1) que sur les quatre procédés qu'il a indiqués, les seuls qu'il considère comme dignes d'être examinés, l'un n'est « pas toujours susceptible d'être employé », le second est « généralement moins pratique encore que le précédent » ; il y a « plusieurs erreurs dans l'argumentation du tribunal de la Seine » qui avait jugé légal le troisième. Quant au quatrième, il n'est « ni efficace ni légal ».

Qu'en conclure? C'est que le conflit entre héritiers créanciers d'un rapport et créanciers hypothécaires du débiteur de rapport ne peut être évité quand la licitation de l'immeuble hypothéqué a lieu au profit d'un tiers.

Il faut convenir qu'il existe et chercher à le solutionner.

---

(1) Note au S. 1905. 1. 274. V. p. 274, col. 1, 2, 3 et p. 275.

CHAPITRE III

Moyens proposés pour solutionner le conflit

SECTION I

Compensation entre la dette du rapport et les droits du débiteur de rapport

L'argument tiré de la *compensation* entre la dette du rapport et les droits de l'héritier débiteur de ce rapport, fut présenté plusieurs fois (1) comme devant résoudre le problème en faveur des cohéritiers.

Il consiste à prétendre que, dès l'ouverture de la succession, il y a compensation entre la dette du rapport et les droits héréditaires du débiteur jusqu'à concurrence du montant de sa dette. Par suite, lorsque pendant l'indivision cet héritier débiteur constitue une hypothèque sur les biens de la succession, ces biens ont déjà cessé de lui appartenir, et, partant, l'hypothèque est nulle.

---

(1) Notamment par Besançon, 15 novembre 1901. — S. 1905. 2. 89. — Bourges, 28 mai 1902. — S. 1905. 1. 273.

Ce raisonnement semble au premier abord aussi satisfaisant que simple. Pourtant, la Cour de Cassation ne l'a pas admis.

Le 21 juin 1904, M. le Conseiller Rau, présentant un Rapport devant la Cour suprême, disait (1) : « La compensation ne peut priver le créancier hypothécaire des avantages résultant du droit réel qu'il a eu sur l'immeuble et qui doit produire ses effets légaux sur le prix de cet immeuble dans la part héréditaire du débiteur. »

Peu d'auteurs ont insisté sur cet argument, jusqu'à ce qu'en 1906 (2), M. Wahl vint lui porter le coup de grâce.

Nous présentons ici le raisonnement de M. Wahl.

D'abord, il semble peu logique de parler de compensation entre une dette et des objets.

1° La compensation n'est possible qu'entre deux choses *fongibles*. Or, puisque dans l'hypothèse de notre problème l'une de ces deux choses consiste en un immeuble impartageable, la condition de fongibilité n'est, en premier lieu, pas remplie.

2° Pour qu'il y ait compensation légale de plein droit il faut, de plus, que les deux droits qui entrent en compensation soient *liquides*. Le premier droit : celui à la dette du rapport est rarement liquide, la dette dépend le plus souvent de calculs et d'estimations. Le second droit, celui au prix de la licitation,

---

(1) Pand. fr. 1905. 2. 214.

(2) Rev. trim. dr. civ. 1906. — Art. précité.

ne l'est jamais au moment de l'ouverture de la succession, puisqu'il ne sera déterminé qu'à la liquidation.

3° Une troisième condition nécessaire pour la possibilité de la compensation fait encore défaut : que les deux créances soient *certaines*. Elles ne le seront qu'après la licitation. A l'ouverture de la succession on ne sait même pas si celle-ci aura lieu.

Il est vrai que la Cour de Cassation n'a pas toujours exigé (1) que les deux droits fussent liquides pour que la compensation ait lieu. Mais, même en passant sur l'absence de cette condition, il en resterait deux autres à remplir.

M. Wahl ajoute, comme dernière objection, que la Cour de Cassation ne semblerait pas admettre que la compensation se produisît dès l'ouverture de la succession, même les trois conditions remplies. En effet, si elle a admis (2) que le rapport « peut s'effectuer par voie de compensation et en moins prenant » ; elle paraît estimer que c'est le prélèvement qui constitue la compensation. Dès lors, au moment où la compensation aurait pu avoir lieu, la portion du prix appartenant au débiteur de rapports se trouvait déjà absorbée par son créancier hypothécaire.

En d'autres termes, en supposant même que la

---

(1) 28 février 1866. — S. 1866. 1. 185. — Pand. fr. 1866, 497. — Cass. 30 juillet 1900. S. 1902. 1. 177.

(2) Cass. 30 juillet 1900 précité. — M. Wahl note sous cet arrêt et sous celui de Cass. 21 juin 1904. — S 1905. 1. 273.

compensation ait lieu, les cohéritiers pourraient-ils échapper aux prétentions des créanciers hypothécaires ? On ne peut l'assurer.

Supposons une hypothèque légale ou judiciaire préexistante à la naissance de l'indivision sur les biens du débiteur. Lorsque la succession s'ouvrira, cette hypothèque touchera immédiatement la part indivise du débiteur. Comment soutenir alors qu'il y a compensation ?

Même en cas d'hypothèque conventionnelle, pourra t-on dire : L'art. 830 C. civ. portant que : « Si le rapport n'est pas fait en nature, les cohéritiers à qui il est dû prélèvent une portion égale sur la masse de la succession..... », semble bien indiquer qu'il y a compensation entre la dette du rapport et le prélèvement à effectuer ? Non, car s'il y avait compensation, il n'y aurait pas lieu à prélèvement. L'héritier obligé au rapport viendrait simplement au partage pour le surplus de sa part sur ce qu'il doit rapporter. Or, la jurisprudence reconnaît que cet héritier doit être appelé au partage, même si le rapport dont il est débiteur dépasse sa part héréditaire (1). La nature même du prélèvement exclut la compensation (2).

On ne peut naturellement pas accepter davantage l'argument présenté sous une forme moins juridique et dire, comme l'a fait la Cour de Dijon : les droits de chaque héritier sont fixés dès l'ouverture de la suc-

---

(1) Cass , 31 juillet 1900, précité.

(2) Wahl, Rev. trim , dr. civ., 1906, p. 794, loc. cit. V. aussi Tr. des Succ.,t. III, n° 2434.

cession, et alors ils se restreignent à ce que l'héritier recueillera dans le partage après les prélèvements de ses cohéritiers (1). Il faudrait, pour l'admettre, reconnaître que la licitation au profit d'un tiers produit l'effet déclaratif. »

Sous quelque forme qu'on présente l'argument de la compensation, il ne paraît donc pas, il faut l'avouer, fournir une solution du conflit satisfaisante pour les cohéritiers.

SECTION II

Argument tiré de l'art. 830 C. civ

§ 1er. — Exposé de l'argument

Mais ne pourrait-on pas trouver un argument en faveur des cohéritiers dans ce *droit de prélèvement* de l'art. 830 du C. civ. dont nous venons de parler incidemment? C'est surtout sur lui que se sont basés les défenseurs des cohéritiers. Nous trouvons dans l'arrêt de la Cour de Besançon du 15 novembre 1901 (2) : « Attendu que de l'interprétation aujourd'hui acceptée de l'art. 883, il résulte en effet que le créancier hypothécaire sur un immeuble indivis a le droit de se faire

---

(1) Dijon, 2 décembre 1903 et 27 décembre 1905, précités.

(2) Précité. Dans son arrêt du 29 mars 1905 précité, la Cour de Lyon attribue au droit de prélèvement le caractère de droit d'*antériorité*. (Les cohéritiers prélevant ont toujours été propriétaires.)

payer à concurrence de la part héréditaire revenant à son débiteur sur le prix de l'immeuble indivis adjugé à un tiers ; mais que ce droit n'est pas à ce point absolu et intangible qu'il ne puisse lui-même être primé ; que c'est ainsi que le créancier hypothécaire ne pourra utilement exercer son droit si un autre créancier ayant une hypothèque antérieure à la sienne absorbe l'intégralité des fonds disponibles ; qu'ainsi encore il sera évincé par un créancier privilégié ; que de même il peut et doit l'être par le droit plus fort de prélèvement que la loi, dans les art. 829 et 830, a créé au profit des cohéritiers... »

Aux termes de l'art. 829, chaque cohéritier doit le rapport des dons qui lui ont été faits et des sommes dont il est débiteur.

Aux termes de l'art. 830, si le rapport n'est pas fait en nature, les héritiers prélèvent sur l'actif successoral une quantité de biens égale au montant du rapport qui doit être opéré par leurs cohéritiers.

Ne peut-on pas dire que ce prélèvement est fait à titre de propriétaire et exclut tous les créanciers chirographaires ou même hypothécaires ?

Dans toute succession, lorsque la masse est déterminée, il résulte des articles 829, 830, 831 qu'on doit établir la liste des rapports dus, après quoi les héritiers créanciers de rapport recevront ce rapport en nature ou, si cela ne peut se faire, prélèveront sur la succession une portion égale à son montant. Or, de quelle manière les cohéritiers sont-ils remplis du rapport en nature lorsqu'il est possible ? L'art. 865 nous répond : « les biens se réunissent à la masse de la

succession *francs et quittes de toutes charges créées par le donataire...* » Cela n'est-il pas une manière de dire que les héritiers prélèvent en raison d'un droit supérieur, qu'ils agissent comme « individus investis de la propriété d'une part de la succession, par le seul fait de la maxime : *le mort saisit le vif* » (1).

Pourquoi en serait-il autrement, lorsque le prélèvement vient effectuer un rapport en moins prenant qui tient lieu et place du rapport en nature ?

Les juges de la Cour suprême et quelques auteurs (2) qui les ont soutenu, ont répondu :

Ce droit de prélèvement est insuffisant pour laisser le rapport aux cohéritiers :

1° S'il devait primer les créances chirographaires et hypothécaires, ce serait un privilège, lequel n'est écrit nulle part dans la loi. Or, il n'y a pas de privilèges sans texte ;

2° Est-ce bien à titre de propriétaires que les cohéritiers prélèvent. Ce serait bizarre puisque ce cas est analogue à celui de l'époux prélevant les indemnités qui lui sont dues par la communauté et que, d'après l'interprétation des art. 1470 et 1471, ce prélèvement est fait à titre de simple créancier.

---

(1) Poulle, avocat général, Dijon, 27 décembre 1905. — D. 1906, 2, 29.

(2) Wahl, art. précité de Rev. trim. dr. civ. 1906 et notes précitées sous plusieurs arrêts Zeglicki, Rev. critique 1906. p. 377 et s.

§ 2. — **Première objection : Pas de privilège sans texte**

La première objection mise en avant par la Cour de Cassation : pas de privilège sans texte, peut nous surprendre venant d'elle (1). Car elle a au moins par deux fois proclamé ce droit de préférence. L'arrêt du 8 février 1882 (2), d'abord dit textuellement : « Attendu qu'en règle générale, tout partage d'un actif social, doit s'opérer au moyen d'une liquidation préalable dans laquelle il y a lieu de régler d'abord la situation de chacun des ayants droit vis-à-vis des autres intéressés ; — que si l'un des associés détient, ou a reçu précédemment des sommes ou valeurs faisant partie de l'actif commun, le principe essentiel de l'égalité entre copartageants, exige qu'il en fasse compte en moins prenant aux autres ayants droits, lesquels doivent être admis à prélever sur les biens composant la masse, une portion égale à celle dont ledit associé est déjà saisi ; qu'enfin, les attributions ainsi faites aux copartageants, des divers éléments de l'actif à répartir, sont reçues par eux non à titre de créanciers, mais à titre de propriétaires. » Ensuite et surtout l'arrêt du 29 mars 1892 (3). Il statue sur une indivision successorale ou les cohéritiers sont bien en conflit avec des créanciers hypothécaires de l'héritier tenu

---

(1) Pilon, Rev. trim. de dr. civ. 1905.

(2) S. 1882. 1. 224. — D. 1882. 1. 317. Cet arrêt a trait à une indivision entre associés, mais la solution serait vraie aussi dans une indivision successorale (art. 1872, C. civ.)

(3) D. 1893. 1. 168.

du rapport. « Attendu que les cohéritiers d'E. H. avaient sur les biens de la succession et *par l'effet du rapport des dettes un droit de préférence* sur les créanciers personnels d'E. H. »

Cependant il n'y avait pas plus de texte en 1882 et et en 1892, que maintenant pour accorder un privilège aux cohéritiers.

M. Pilon (1) a essayé de réfuter cette objection sous la forme suivante : Si on peut démontrer que le droit de préférence reconnu par les deux arrêts précités était légal, il l'est encore maintenant. Et voici son raisonnement contre lequel nous ne soulevons pour notre part aucune difficulté : Si on admet que le prélèvement est opposable aux créanciers personnels de l'héritier on fait brèche au principe de l'égalité entre créanciers ; si on n'admet pas le droit de préférence des cohéritiers, le principe de l'égalité entre copartageants est lésé. Il faut sacrifier l'un des deux, lequel ? Le premier, parce que le rapport de dettes ayant été institué justement pour protéger les créanciers du rapport contre l'insolvabilité du débiteur « *il faut sous peine de faire de l'art. 829 un texte sans sanction,* dire que le rapport de dettes est toujours apposable aux créanciers personnels de l'héritier débiteur. »

M. Pilon aurait même pu mentionner d'autres arrêts reconnaissant le droit de prélèvement, tant au regard des créanciers chirographaires (2), qu'au regard

---

(1) Rev. trim. de dr. civ. 1905.

(2) Req 29 juillet 1869. — D. 1871. 1. 48.

des créanciers hypothécaires (1). Nous ne pouvons que nous étonner avec lui que la Cour de Cassation ait fait un tel état de cet argument (qu'il n'existait pas de privilège sans texte), qu'elle n'en ait plus voulu retenir d'autres pour base de ses arrêts de 1904 à 1907.

Est-il bien vrai qu'en droit français il ne puisse absolument pas exister de causes de préférence, sans qu'un texte les ait qualifiées de « privilège ?» Il est permis d'en douter en considérant par exemple, le droit de rétention qu'ont certains créanciers sur des biens appartenant à leur débiteur ou le droit du créancier qui obtient d'après l'art. 1167, la résolution d'actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, alors que ce même acte sera maintenu vis-à-vis d'un autre créancier (2). Pourtant nulle part la loi n'a qualifié ces droits de privilèges. Les mêmes considérations peuvent s'appliquer dans certains cas à la compensation, aux différentes actions directes. Rien ne s'oppose à ce que le droit de prélèvement de l'art. 830 ne soit de même nature. En cas contraire, d'ailleurs, cet article n'aurait aucun sens utile (3).

La Cour de Cassation a répondu qu'il n'avait d'effet que dans les rapports des cohéritiers entre eux.

Sur quoi se base-t-elle, étant donné que l'article est rédigé dans les termes les plus généraux.

---

(1) Civ. 6 août 1895. — D. 1896. 1. 125.

(2) Voir art. 1166 et 1167, C. civ.

(3) Baudoin, conclusions le 5 décembre 1907. — D. 1908. 1. 113.

M. Baudoin qui a admis la même théorie va plus loin. Suivant lui les cohéritiers ont même plus qu'un privilège.

Un privilège, dit-il (1), suppose nécessairement que les droits de deux créanciers « atteignent ensemble un des biens compris dans le patrimoine du débiteur commun et que l'un d'eux émet la prétention de primer l'autre et d'être payé avant lui sur le prix de ce bien. »

« Il n'y a donc de privilège que dans le cas ou chacun des deux créanciers contendants affirme qu'en vertu de l'article 2092 C. civ. tel bien déterminé *appartenant à son débiteur* doit servir à l'acquittement de la dette. » Ici l'héritier réclame le rapport qui lui est dû à titre de propriétaire. Et c'est bien cette qualité que lui reconnaît dans les termes les plus exprès l'arrêt du 8 février 1882.

Il est vrai qu'en 1882 on reconnaissait l'application de l'art. 883, mais en 1895 l'arrêt du 6 août fut rendu sous l'interprétation restrictive et nous trouvons : « Attendu que les associés prélèvent (aux termes de l'art. 830) sur les biens composant la masse, une portion égale à celle dont ledit associé est déjà saisi, et *qu'ils reçoivent non à titre de créanciers, mais à titre de copropriétaires* » (2). Et comme conclusion : « que les créanciers personnels (même hypothécaires) de l'associé astreint à ce rapport ne peuvent exercer

---

(1) Conclusions précitées.

(2) D. 1896, 1, 125.

leurs droits *que sur des biens que le partage attribue à leur débiteur après ces prélèvements.* »

Or, on ne contestera pas que le droit de propriété ne contienne le meilleur de tous les privilèges (1).

§ 3. — Deuxième objection : Les cohéritiers ne prélèvent pas à titre de propriétaires

Mais, nous l'avons déjà dit, la Cour de Cassation n'a pas toujours admis, avant 1907, que le cohéritier exerçât son prélèvement à titre de propriétaire.

Voici ses arguments : Les prélèvements exercés par les cohéritiers dans le cas du problème dont il est question sont de même nature que ceux effectués par la femme commune, d'après les art. 1470 et 1471 C. civ. et qui concernent le prix des propres aliénés ou les indemnités dues à l'épouse par la communauté.

---

(1) M. Legrand (Gaz. des trib., 18 et 19 octobre 1907), lui aussi estime qu'il n'est pas ici question de privilège. Suivant lui, lorsque le cohéritier est saisi de sa part de succession, un élément nouveau entre dans son patrimoine sous la réserve de l'acquit de l'obligation de rapporter. Les créanciers cohéritiers jouissent d'une situation privilégiée vis-à-vis des créanciers et ayant cause de leur cohéritier débiteur mais non d'un *privilège au sens strict du mot.* Cet état de chose n'est que la conséquence du principe que l'ayant cause ne peut avoir plus de droits que son auteur. C'est une situation analogue à celle d'hypothèques en présence d'un droit de rétention. Dans notre cas le bien n'entre dans le patrimoine du débiteur, qu'affecté d'une charge qui en diminuera ou même en anéantira la valeur.

Or, d'après la jurisprudence, (1) si les époux prélèvent bien à titre de propriétaires, les biens personnels qui existent en nature, ils n'exercent, au contraire, les prélèvements précédemment énumérés que comme créanciers d'un droit mobilier. Par conséquent, une femme mariée sous le régime de la communauté sera bien préférée aux autres créanciers de la communauté sur les immeubles de son mari, grâce à son hypothèque légale, mais elle n'aura aucun privilège sur les meubles de la communauté (2).

La réponse des partisans des cohéritiers est unanime : L'identité entre les deux situations n'est qu'apparente. Dans le cas de l'art. 1470, la femme mariée est bien créancière de la communauté, mais dans le cas de l'art. 830 le cohéritier qui a droit au rapport n'est pas créancier de la succession. C'est le défunt qui est créancier, « les cohéritiers ne sont que copartageants et par l'effet combiné de la saisine héréditaire et de l'effet déclaratif du partage ils sont vraiment propriétaires des objets compris dans leurs lots. » (3).

M. Pilon a traité cette question de l'analogie apparente d'une façon approfondie (4). Il envisage succes-

---

(1) Ch. réunies, 16 janvier 1858. — D. 1858, 1, 5 et conclusions de M. le procureur général Dupin. La solution depuis a été maintenue.— Réq. 6 juillet 1870, D. 1871, 1, 116. V. auteurs cités au Nouv. C. civ. annoté, art. 1470, n° 83.

(2) Jur. gen. V. Contrat de mariage, 851. Nouv. C. civ. annoté, art. 1470 nos 77 et suiv.

(3) Baudouin, conclusions précitées.

(4) Art. cité, Rev. trim. dr. civ. 1905.

sivement plusieurs hypothèses du rapport de dettes : d'abord l'hypothèse normale d'un prêt fait par le défunt à son héritier. Dans ce cas la dissemblance est évidente, dit-il. Il suppose deux époux : Prima et Secundus. Prima est créancière de la communauté du prix de ses propres aliénés sans remploi. Elle prélève ce prix comme dit l'arrêt de 1858 à titre de créancière. D'autre part, M. Pilon imagine deux héritiers : Secundus est débiteur d'un prêt qu'il a reçu du défunt. Prima a droit au rapport de dettes. Elle prélèvera à titre de copropriétaire copartageante et non de pure créancière.

Les deux situations sont bien différentes. Sous l'article 1470, Prima est bien créancière de la communauté, mais sous l'art. 829 elle n'est pas créancière de la succession, C'est cette dernière qui est créancière de Secundus.

Donc, si dans le premier cas Prima exerce son prélèvement à titre de créancière de la communauté, dans le second, on ne peut dire qu'elle l'exerce à titre de créancière de la succession. Elle ne pourra l'exercer que d'après un droit de copropriété.

Mais il est une autre hypothèse du rapport de dettes qui donne lieu à plus de difficultés. Prima, cohéritière de Secundus, « a fait des dépenses pendant l'indivision, par exemple pour la conservation des biens héréditaires. Elle a droit, pour ces dépenses d'entretien, au rapport de dettes (1), c'est-à-dire qu'elle sera

(1) Cass. Req. 7 juillet 1892. D. 1893. 1 5.

autorisée à prélever dans la succession, avant le partage, le montant de sa créance ».

Là, l'hypothèse semble analogue à celle de l'article 1471. Prima semble avoir droit au prélèvement comme créancière de la succession. Faut-il alors admettre l'objection de la Cour de Cassation ? Non, malgré les apparences les deux situations ne sont pas semblables « *car dans les deux cas, avec des principes différents, on aboutit à des conséquences identiques, mais en identifiant les principes on aboutit à des conséquences qui ne vont pas ensemble* ».

Admettons pour un instant que Prima prélève à titre de créancière. Dans le cas de l'art. 1471, elle ne primera pas les créanciers de la communauté, mais primera les créanciers personnels de son mari Secundus. Dans le cas de l'art. 829, elle ne primera pas les créanciers personnels de son cohéritier Secundus.

Si, au contraire, Prima dans les deux cas exerce, à titre de copartageante, sous l'art. 1471 elle primera les créanciers de la communauté ; sous l'art. 829 elle ne primera pas les créanciers de la succession.

Donc, avec des principes identiques, on aboutit à des conséquences dissemblables.

Posons maintenant des principes différents dans les deux cas.

Prima, femme commune exerçant ses prélèvements à titre de créancière, primera les créanciers personnels de son mari ;

Prima, héritière, prélevant à titre de copartageante, primera les créanciers personnels de son cohéritier.

Le résultat est le même.

Si donc, pour avoir des conséquences semblables, il faut poser des principes différents, c'est qu'il existe une profonde dissemblance entre les deux théories et on ne peut arguer que les cohéritiers n'exercent pas leur prélèvement comme copartageants copropriétaires du fait que la femme commune exerce les siens comme simple créancière.

§ 4. — Troisième objection : l'article 1220 du Code civil

Quand bien même on ne tirerait pas argument de l'interprétation aujourd'hui admise des art. 1470 et 1471, ont prétendu les défenseurs de la thèse de la Cour Suprême (1), l'art. 1220 du C. civ. empêcherait tout prélèvement (2).

Voici comment : La licitation ayant eu lieu, les cohéritiers ne pourront, naturellement, pas exercer leurs prélèvements sur le fond même qui faisait partie du patrimoine du défunt. Ils ne sauront plus les effectuer que sur le prix de vente de l'immeuble. Or, d'après l'art. 1220 du Cod. civ. qui pose le principe de la division *de plano* des obligations héréditaires actives et passives, la créance du prix de vente est née divisée

---

(1) Notamment M. Wahl.

(2) Art. 1220 : « L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur.

de plein droit entre les héritiers. Dès sa naissance elle est entrée dans le patrimoine personnel de chacun d'eux proportionnellement à l'importance de leur vocation successorale et ne peut être assujettie à l'exercice du rapport en moins prenant qui ne concerne que le patrimoine héréditaire.

Autrement dit : Chaque cohéritier est vendeur pour sa part et portion et créancier du prix dans la même mesure.

Par suite, les hypothèques constituées par l'un d'eux sur l'immeuble doivent continuer de le grever jusqu'à concurrence de sa part héréditaire et, de celle-ci, rien ne pourra être détourné pour payer le rapport.

Tout d'abord, il n'est pas certain que l'effet déclaratif ne s'applique pas aux créances successorales (1).

En second lieu, il n'est pas plus certain que l'art. 1220 empêchera le prélèvement dont nous avons parlé. On a souvent prétendu qu'il ne visait que les obligations nées avant l'ouverture de la succession et non pas celles qui ont pris naissance à une date

---

(1) D'après la théorie qui tend maintenant à être adoptée, l'art. 1220 n'opérerait qu'une division provisoire des créances pour permettre aux débiteurs qui veulent s'acquitter avant le partage définitif, de savoir entre les mains de quelles personnes ils doivent payer. V. en ce sens note de M. Percerou aux Pand. fr. 1905. 2. 212. Cette théorie que nous examinons plus loin a été adoptée par les Chambres réunies de la Cour de Cassation, le 5 décembre 1907. V. infra, III[e] partie, chap. 1[er], section 5.

postérieure. Or, dans le cas de notre problème, la créance que les cohéritiers veulent prélever ne vient pas du patrimoine du défunt, elle a été créée par les cohéritiers eux-mêmes qui, au cours de l'indivision, ont vendu un immeuble. Par conséquent, ce prix d'adjudication doit faire partie de la masse à partager comme aurait fait l'immeuble indivis qu'il représente et on ne peut arguer de cet article 1220 à l'encontre du prélèvement des cohéritiers.

M. Percerou l'a très clairement exposé en disant : L'art. 1220 « ne vise que les créances héréditaires proprement dites, c'est-à-dire que celles qui reposaient déjà sur la tête du défunt et qui étaient nées à son profit dès avant le décès ». Or, la créance du prix de vente est née après le décès et si elle est née divisée c'est « non point par l'effet d'un événement fatal tel que la mort, mais par l'effet d'une vente, c'est-à-dire d'un acte essentiellement volontaire. Très grande est donc la différence entre les deux cas »... La créance du prix de vente « a pris dans la succession, par une sorte de subrogation réelle postérieure au décès, la place d'une autre valeur d'un immeuble. Elle doit donc être traitée comme la valeur à laquelle elle s'est substituée, c'est-à dire comme le fonds licité lui-même. Or, il n'est pas douteux que si l'immeuble était resté en nature dans la succession, les cohéritiers auxquels est dû un rapport auraient pu exercer leur droit de prélèvement sur ce fonds lui-même, nonobstant toute hypothèque consentie par l'héritier débiteur. Ils doivent

donc avoir le même droit sur la créance du prix de vente » (1).

M. Wahl qui a coordonné les objections de la Cour de Cassation contenues dans plusieurs arrêts différents, prétend (2) que : « si l'art. 1220 suppose une créance ayant appartenu au défunt, c'est parce qu'il commence par poser le principe d'après lequel l'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible » (3). C'est en visant cette même hypothèse qu'il ajoute : « la divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers ».

Par conséquent, en rapprochant les deux dispositions de l'art. 1220, on doit l'interpréter en ce sens, qu'une créance susceptible de division doit se diviser de plein droit entre les titulaires, avec cette précaution que, pour la part de chaque héritier du créancier, elle doit être exécutée comme si elle n'était pas susceptible de division, c'est-à dire que le débiteur ne pourrait payer par fractions sans le consentement du créancier (art. 1244 C. civ.).

Aussi, ajoute M. Wahl, les auteurs décident unanimement que l'art. 1220 s'applique dans l'hypothèse

---

(1) Percerou, note précitée. — En ce sens : De Loynes. Note au D. 1900. 2. 49. Baudry-Lacantinerie. Précis de dr. civ., 6e éd., t. II, no 237 *in fine*.

(2) Rev. trim. dr. civ. 1906, p. 796 et note au S. 1905. 2. 89.

(3) Revue trimest. 1906.

où dès l'origine il y a plusieurs créanciers (1). Nous répondrons : les auteurs ne décident pas *unanimement,* il s'en faut, que l'art. 1220 s'applique aux créances qui ne sont pas nées dans le patrimoine du défunt. Au surplus, on pourrait dire, croyons-nous : l'article 1220 n'a pas son application dans le cas qui nous occupe, parce que la créance n'est divisible qu'entre ceux qui seront reconnus avoir véritablement un droit de propriété sur elle. En d'autres termes, si l'héritier tenu au rapport est reconnu, après la vente, ne pas avoir eu de droit dans l'immeuble, *par suite de l'exercice du droit de prélèvement de ses cohéritiers,* il n'aura jamais eu de droits dans le prix (2). On ne peut donc réclamer pour lui le bénéfice de l'art. 1220. La créance du prix se divisera entre les autres héritiers en proportion de leurs droits de propriété dans l'immeuble, tels qu'ils les ont eu dès le décès de l'auteur commun et cette créance entrera directement dans leur patrimoine. De cette façon seraient conciliées les deux théories opposées relativement à l'article 1220.

---

(1) Aubry et Rau, 5e éd., t. IV, p. 81, § 301. — Huc., Comment. théor. et prat. du C. civ., t. VII, n° 348. — Baudry et Barde, Tr. des oblig., 2e éd , t. II, n° 1319.

(2) Nous croyons que le prix tient véritablement lieu et place de l'immeuble. V. infra, 3e partie, chap. 1, section IV, § 3.

§ 5. — **Quatrième objection : Le droit de prélèvement suppose l'effet déclaratif**

Mais ce raisonnement n'évite-t-il pas l'écueil de l'art. 1220 pour se heurter contre un autre peut-être plus dangereux encore ? Prétendre que le rapport de dettes et le prélèvement auquel il donne lieu sont des opérations préliminaires au partage d'après les art. 831 C. civ., 978 C. pr. civ. et que les droits des héritiers n'étant fixés qu'après ces prélèvements, c'est seulement sur le lot attribué à leur débiteur que les créanciers peuvent exercer leurs droits, ne serait-ce pas dire indirectement que la licitation au profit d'un tiers produit l'effet déclaratif ?

La Cour de Cassation a estimé qu'en considérant le droit de prélèvement comme un privilège ou comme un droit de propriété, ce droit plus fort existe sur les biens héréditaires parce qu'à cause de l'effet déclaratif « les cohéritiers attributaires, en vertu d'une opération du partage, sont censés avoir toujours eu seuls un droit sur les objets héréditaires compris dans leur lot » (1). Mais l'effet déclaratif écarté, les cohéritiers ne sont plus que des créanciers chirographaires. C'est incontestable vis-à-vis des biens propres de l'héritier débiteur et il doit en être de même pour sa part indivise, *dès lors que la licitation étant privée de l'effet déclaratif, le prix est entré définitivement dans*

(1) Rapporté par Wahl. Note ou S. 1905. 2. 89. — M. Lebret (Note aux Pand. fr., 1905. 1. 5) tout en admettant cette objection en déplore les résultats.

le patrimoine des héritiers. Les articles 829 et 830 signifient simplement que les cohéritiers prennent d'abord une valeur successorale égale au montant du rapport qui leur est dû et que le partage se fait ensuite suivant les droits héréditaires de chacun (art. 831). Si donc le prélèvement doit s'exercer au détriment des créanciers hypothécaires, ce sera en vertu de l'art. 883 et non en vertu des art. 829, 830, 831.

On pourrait déjà répondre à ce raisonnement par des arguments de logique : Pourrait-on si facilement barrer la route à l'institution du rapport de dettes ? et le laisser « à la merci de l'issue incertaine de la licitation ? Opération de partage destinée à épuiser immédiatement dans une vue d'égalité toutes les dettes et créances nées contre ou au profit des héritiers sur la masse indivise, il doit, *sous peine de demeurer un principe législatif vain*, conserver cette fonction quelle que soit la nature du droit des créanciers de l'héritier débiteur, quelle que soit aussi la qualité de l'adjudicataire à la licitation ? (1) »

Est-il assez sûr que les art. 829, 830, 831 aient le sens restreint qu'on veut leur donner pour permettre, suivant l'expression de MM. Aubry et Rau (2) « à l'un des héritiers de conférer sur sa part indivise dans les créances de la succession des droits définitifs irrévocables, alors qu'il n'a lui-même sur ces créances

---

(1) Pilon, Rev. trim. dr. civ., 1905.

(2) Aubry et Rau, 5e éd. t. IV. p. 81. § 501.

qu'un droit soumis à l'effet rétroactif du partage. » Cela malgré l'art. 2125 en vertu duquel toute hypothèque reste soumise aux mêmes conditions ou restrictions que l'était le droit sur lequel elle a été constituée ?

Ce serait nier le principe qu'un débiteur ne peut transmettre à son créancier plus de droits qu'il n'en a lui-même (1).

---

(1) Dans notre ancien droit le conflit s'était déjà élevé entre cohéritiers et créanciers personnels de l'un d'eux. Lebrun (Tr. des successions liv. III, ch. VI, sect. II, n° 7) se demande si le rapport des dettes peut être opposable aux créanciers personnels de l'héritier débiteur. Il incline à dire oui, partant de ce que le rapport doit se faire entre cohéritiers qui n'ont pas de créanciers. Dans ce cas le cohéritier débiteur « serait contraint de souffrir l'imputation ». Lebrun ajoute : «... les créanciers exerçant les droits de l'héritier sont obligés de souffrir la déduction qui lui serait faite, s'il venait lui-même à partager...» (Rapporté par Deschamps. — Du rapport des dettes, p. 34). Remarquons que dans notre ancien droit les créanciers personnels étaient, le plus souvent, des créanciers hypothécaires avec hypothèque générale, car cette hypothèque dérivait autrefois de toute obligation constituée par acte authentique et les parties, en raison de leur manque d'instruction, recouraient très facilement au ministère du notaire. (Deschamps op. cit. p. 50.)

L'opinion de Lebrun en faveur des cohéritiers, se comprend pour les héritiers en ligne directe descendante, vis-à-vis desquels le rapport des dettes était assimilé au rapport des dons. Elle se comprend moins facilement lorsqu'on est en présence d'héritiers en ligne collatérale et en ligne directe ascendante Pour ceux-ci le rapport des dons n'existait pas dans notre ancien droit : (Deschamps, p. 50 à 60). Lebrun admet pourtant dans ce cas le rapport des dettes apposable aux créanciers personnels du cohéritier débiteur, disant que les cohéritiers doivent

Dès lors on ne pourrait pas dire avec les rédacteurs d'un arrêt de Dijon (1) ? « Attendu qu'il suit de là que le cohéritier, dont la part héréditaire est représentée en tout ou en partie par un rapport en moins prenant n'a jusqu'au jour où la situation réciproque des intéressés est affirmée par l'acte de partage, qu'un droit de propriété réduit à ce qui lui revient définitivement dans la succession et que c'est seulement dans cette mesure restreinte que ses actes de disposition sont susceptibles de produire un effet juridique, *nul ne pouvant concéder à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même* ».

Et il ne serait pas vrai que comme l'a prétendu aussi la Cour de Lyon en 1905 (2), sous une autre forme ? « Il est inadmissible qu'un héritier déjà rempli de ses droits puisse, par un acte quelconque auquel ses cohéritiers demeureront étrangers, attribuer à ses créanciers, c'est-à-dire s'attribuer à lui-même, une fraction de la succession dans laquelle il n'a rien à prétendre ». On aurait vraiment peine à le comprendre. Ainsi donc le cohéritier débiteur toucherait deux fois sa part héréditaire ?

---

avoir une garantie et un privilège à raison de cette garantie. (V. l'examen de la théorie de Lebrun dans les ouvrages précités de MM. Deschamps, p. 60 à 80, et Desserteaux, n° 64 et ses notes.)

(1) 2 décembre 1903, précité.

(2) Lyon, 29 mars 1905. — Pand. fr. 1905. 2. 212. — Dans le même sens : Besançon, 15 novembre 1901, précité. — Bourges, 28 mai 1902. — S. 1905. 1. 273.

On a bien quelquefois prétendu (1) qu'il était faux qu'un créancier n'ait jamais plus de droit que son débiteur. On s'appuie pour cela sur l'hypothèse où des créanciers munis de titres exécutoires, vont par saisie s'opposer à ce que le débiteur paye l'un d'entre eux au détriment des autres. Dans ce cas, le débiteur n'aurait pu de lui-même se refuser à payer, et ses créanciers ont plus de droit que lui. De même dans le cas qui nous occupe, le créancier hypothécaire qui a un droit acquis par son hypothèque, pourra se faire payer au moyen de cette sûreté réelle par préférence aux autres créanciers. Pourtant le débiteur ne pourrait de lui-même se refuser à payer ces derniers. L'hypothèque a pour effets de donner au créancier plus de droits que n'en a son débiteur (2).

Il nous semble qu'un autre principe du régime hypothécaire a sa place ici : Que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle.

En présence d'un partage doté de l'effet déclaratif, on dirait : Le débiteur de rapport n'a pu constituer des hypothèques sur l'immeuble indivis, parce que ceux-ci sont censés ne lui avoir jamais appartenu.

Et alors, en présence d'une licitation au profit d'un tiers, non pourvue de l'effet déclaratif, pourrait-on dire que le débiteur de rapport a pu hypothéquer sa part indivise, alors que cette part est vide ?

---

(1) Notamment M. Deschamps. — Du rapport des dettes, p. 219 et suiv.

(2) Deschamps. — Du rapport des dettes, p. 220. — Wahl, note au S. 1905. 1. 90. col. 1.

Si l'héritier n'avait, après l'ouverture de la succession, contracté aucune obligation, il n'aurait droit à aucune part.

De même si, ayant contracté une obligation, il n'avait pas consenti d'hypothèque pour la garantir (1).

Il n'aurait toujours rien à prendre si, même ayant constitué une hypothèque sur un immeuble indivis, cet immeuble avait été licité au profit d'un cohéritier (2).

« Et alors, c'est parce que l'acquéreur sur licitation serait un étranger que, soudain, cette part héréditaire apparente et vide deviendrait une part réelle, une part servant d'assiette à des hypothèques ? (3). »

Il ne suffit pas de l'affirmer, il faudrait encore prouver que c'est logique.

Le débiteur, lui, ne pourrait rien toucher ; il doit plus qu'il ne paie. Comment se fait-on à l'idée que son créancier pourra, par le seul fait que la licitation se dénouera au profit d'un tiers, fait qui dépendra le plus souvent du hasard, toucher le montant de droits que le débiteur n'avait pas ?

---

(1) En ce sens : Cass., 8 février 1882, précité. — Arrêt rendu pour une indivision entre associés qu'on est d'accord pour étendre à une indivision successorale. — Adde Req., 29 juin 1869. — D. 1871, 1, 48. Civ., 6 août 1895. — D. 1896, 1, 126. Sic Demolombe, Succ., IV, 464. — Aubry et Rau, VI, 549. — Labbé, Rev. Critique, 1869, p. 475.

(2) Civ., 29 mars 1892. — D. 1893, 1, 168.

(3) Pilon, Rev. trim., 1905. Dans le même sens : Conclusions de M. Baudouin, sous Ch. réunies, 4 et 5 décembre 1907, précité.

M. Legrand a dit à peu près dans le même sens : Si le débiteur du rapport a consenti à un tiers une cession intégrale de ses droits dans la succession, personne ne contestera qu'il doive subir l'exercice du droit de prélèvement.

Et parce que la cession ne serait pas intégrale, tout serait changé? Il suffirait à l'héritier de céder à des personnes différentes ses droits sur tous les biens de la succession pour encaisser ainsi le prix de sa quote-part dans tout l'actif héréditaire sans avoir rien rapporté ! (1).

« Comment cet acte de disposition restreinte et diminutive qu'est l'hypothèque pourrait-il produire un effet qu'on dénie à une cession complète? » (2).

Logiquement on ne comprend donc guère qu'en écartant l'effet déclaratif on rende par cela seul le prélèvement impossible ou, ce qui revient au même, que celui-ci ne puisse avoir lieu qu'avec l'application de l'art. 883.

Mais nous ne nous bornerons pas à ces considérations de logique. Nous voulons essayer de justifier par un raisonnement plus juridique le droit de prélèvement, même en l'absence de la fiction de l'effet déclaratif.

Tout d'abord, l'obligation au rapport de dettes naît au jour de l'ouverture de la succession. On peut donner comme preuve de cette allégation que le cohéritier

---

(1) Gaz. des Trib., 18 et 19 oct. 1907.

(2) Ambroise Colin : Note au D., 1908, 1, 113.

débiteur doit les intérêts des sommes qu'il doit rapporter dès que la succession est ouverte. De même, dès ce moment, la prescription cesse de courir parce qu'il s'opère une sorte de novation de la dette (1).

L'héritier débiteur du rapport dès l'ouverture de la succession n'a donc jamais eu de droits à exercer sur les biens de la succession, si le rapport est égal ou supérieur à sa vocation héréditaire. Il n'a jamais été propriétaire de ces biens, *non pas en vertu de l'effet déclaratif, mais en vertu de la nature du rapport de dettes.*

Cela, d'ailleurs, est conforme à l'historique de cette institution. Historiquement, le rapport des dettes n'est qu'une extension du rapport des dons. Cela s'explique parce que le plus souvent la dette d'un héritier envers la succession provient de ce que le *de cujus* lui a fait une sorte d'avancement d'hoirie, lui a prêté une somme d'argent avec la pensée de fournir un acompte sur la succession, mais sans que les autres successibles aient à en souffrir plus tard (2).

Donc, « le rapport opérant au jour de l'ouverture de la succession, il s'ensuit que la somme due est considérée comme tirée de la succession », sans qu'il

---

(1) Meynial : Du rapport des dettes, p. 232.

(2) Lebret : Pand. fr., 1905, 1, 5 — En ce sens : P. Répert. Succ., n° 11339 et suiv. et autorités citées. — Rennes, 25 août 1862. — S. 1863, 2, 153.— D. 1864, 2, 209.— Cass., 28 juin 1869. S. 1870, 1, 76. D 1871, 1, 48. — Demolombe, t. XVI, n° 464. — Planiol, Tr. élém. dr. civ., t. III, 2e éd., nos 2301, 2310. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. III, n° 3905.

y ait « lieu de distinguer entre les dettes de fruits et les dettes antérieures à l'ouverture de la succession, car l'effet du rapport est précisément de faire regarder le bien comme ayant fait retour à la succession et la créance comme née du jour de l'ouverture de cette succession » (1).

D'un autre côté, les cohéritiers, en même temps que créanciers, sont copartageants. Par conséquent, en exerçant leurs prélèvements d'après les articles 829 et 830, ils n'ont que faire de la fiction de l'article 883. Leur droit de prélèvement est né en même temps que l'indivision.

Le montant du rapport sera donné par la liquidation, mais celle-ci, en même temps, fixera dans quelle mesure chacun des héritiers a été, *ab initio*, propriétaire de tel ou tel élément de l'actif successoral. Ceux-là seuls auront été véritablement vendeurs de l'immeuble indivis qui n'auront pas eu leur part absorbée par une dette de rapport née le jour de la mort du *de cujus*.

Très récemment, le 2 juin 1908 (2) un arrêt de la Cour de Cassation porta que « c'est une règle générale de droit et d'équité qui s'impose à tous les prétendants droit à une fraction d'une masse commune à partager, qu'avant tout, le montant de ce dont un des copartageants est débiteur envers cette masse *y soit* ».

---

(1) Meynial : Du Rapport des dettes, p. 234 et 235.
(2) Gaz. Pal. 10 juillet 1908.

Les créanciers de celui qui n'avait rien à prétendre sur l'immeuble indivis, à raison du rapport qu'il doit effectuer à la succession, n'auront jamais acquis de droit hypothécaire sur l'immeuble, puisque leur débiteur n'en aura jamais été propriétaire.

L'effet déclaratif du partage ne reçoit pas d'application dans l'espèce, car l'art. 883 suppose l'état d'indivision. Or l'art. 830 écarte *ab initio* de l'indivision l'héritier tenu au rapport pour ce qui concerne les biens prélevés par les autres héritiers. L'art. 883 ne reprendra son effet que sur le surplus des biens de la succession.

La Cour de Cassation a décidé le 28 juin 1869 (1) que le droit de prélèvement qui s'exerce à titre de propriétaire est opposable aux créanciers de l'héritier en vertu de ce principe que les créanciers ne peuvent avoir plus de droit que leur débiteur.

Un arrêt de février 1882 applique cette théorie à l'encontre même du syndic de la faillite de l'héritier ; enfin, dans un arrêt du 6 août 1895 (2) la Cour de Cassation décide, en propres termes, que si les créanciers de l'héritier n'ont aucun droit vis-à-vis des cohéritiers exerçant leurs prélèvements, c'est que « leur débiteur est censé n'avoir jamais eu lui-même aucun droit sur les biens non compris dans son lot ». Le 19 mars 1906 (3) la Cour Suprême consacra encore

---

(1) D. 1871. 1. 48.

(2) S. 1899. 1. 462.

(3) G. des tr. 1906. 1. 191.

les mêmes principes puisqu'elle admit les héritiers à faire leurs prélèvements avant la licitation et à restreindre la portée de l'art 883 aux droits qui subsisteront au profit de l'héritier tenu au rapport après les comptes établis (1).

---

(1) M. Mermod (Gaz. des Tr. 25 juin 1905) a proposé une théorie différente pour arriver au même résultat, c'est-à-dire pour justifier le droit de prélèvement en faisant abstraction de l'art. 883. La voici : Il part du principe qu'un créancier ne peut avoir plus de droits que son débiteur. Or, aux termes de l'article 724 C. civ., les différents héritiers dans une succession sont saisis chacun d'une part indivise dans tous les objets du patrimoine : meubles et immeubles, « c'est-à-dire d'une part idéale et abstraite dans chaque objet et, pour ainsi dire, dans chaque molécule de ces objets » Aubry et Rau, 5e éd., t. II, § 221, p. 571).

Mais ce droit de propriété n'est pas pur et simple. Il existe sous condition de partage : Nul n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815). Il n'existe aussi que sous condition de rapport (art. 829 et 830). On pourrait alors considérer l'obligation de rapporter comme une condition suspensive ou résolutoire ; et dire que le jour où l'héritier débiteur d'un rapport l'aura effectué, il deviendra rétroactivement propriétaire, mais que si, lors du partage, il ne peut rapporter, la condition n'étant pas remplie, il n'aura jamais été propriétaire. Ou bien, admettant la condition résolutoire, dire : s'il ne rapporte pas, il est censé rétroactivement n'avoir jamais été propriétaire et n'a jamais pu consentir une hypothèque. Les héritiers qui prélèveront d'après l'art. 830, seront réputés avoir été propriétaires de leur prélèvement à compter du jour de l'ouverture de la succession, non à cause de l'art. 883, mais par l'effet rétroactif de la condition.

Il est peut-être excessif de présenter en propres termes l'obligation de rapporter comme une condition suspensive ou résolutoire du droit de copropriété dans l'indivision. Mais cela revient au même que la théorie que nous avons exposée.

M. Mermod cite un arrêt de Cassation (29 mars 1892 S. 1896.

Pourra-t-on objecter (1) que cet acquittement de la dette au moyen d'un prélèvement n'était qu'un simple

---

1. 497. — D. 1893. 1. 168) qui vient appuyer sa théorie et en même temps celle que nous avons exposée. Dans l'espèce, le cohéritier débiteur s'était rendu adjudicataire lui-même. Il n'avait pu payer le prix et une nouvelle adjudication avait eu lieu au profit d'étrangers. Par conséquent, c'est sur le prix dû par les étrangers, que les créanciers demandaient le paiement garanti par hypothèque. La Cour a repoussé cette prétention par le motif que le cohéritier « n'ayant été saisi de sa part dans la succession *qu'à la charge du rapport de dettes* », ses créanciers personnels ne pouvaient avoir plus de droit que lui-même.

Evidemment, ici, il n'est pas question de l'art. 883.

Ne pourrait-on pas objecter pourtant à la théorie de M. Mermod et en même temps à celle que nous soutenons que si le droit de propriété d'un héritier est soumis à la condition du rapport, il ne peut l'être qu'en vertu de l'art. 883. Suivant une théorie moderne, en effet, l'art. 883 ne reposerait pas sur une *fiction* mais sur l'idée d'une *condition*. (V. infra, IIIe partie, chap. 1, section 4, § 2). D'après cette théorie, chaque héritier a, dès la mort du défunt, un droit sur les biens de la succession subordonné à la condition que ces biens seront mis dans son lot.

Nous répondrons : pour que chaque héritier ait un droit conditionnel sur tous les biens de la succession, il faut un texte qui lui donne ce droit. C'est l'art. 883. Mais dans l'hypothèse spéciale du rapport de dettes, nous pouvons faire abstraction de ce texte.

L'obligation du rapport de dettes prenant naissance au moment même de l'ouverture de la succession, l'héritier qui doit n'aura un droit sur les biens de la succession, qu'à condition que sa dette ne dépassera pas ou n'égalera pas le montant de ses droits. Le droit conditionnel dérive ici de la nature du rapport de dettes, non de l'art. 883.

(1) En ce sens : Laurent, op. cit., t. 10, n° 642. — Deschamps. — Du rapport de dettes nos 111, 128 et s.

procédé de calcul applicable seulement dans les rapports de l'héritier débiteur avec ses cohéritiers, mais inopposable aux tiers, notamment aux créanciers personnels de l'héritier débiteur ?

Il ne nous semble pas. On peut répondre que le texte des art. 829 et 830 écarte par sa généralité la distinction qu'on aurait voulu établir entre l'héritier débiteur et ses créanciers, ceux-ci n'étant après tout que ses ayant-cause, et l'objection est maintenant à peu près abandonnée (1).

Pourrat-on dire comme la Cour de Cassation (2) que les droits du cohéritier débiteur ne sauraient être écartés parce que par sa participation à la licitation de l'immeuble adjugé à un tiers il a consacré définitivement son droit de propriétaire sur cet immeuble ?

Non. Dans la pratique, nombre de licitations sont journellement ordonnées par les tribunaux en présence d'appelés éventuels à la propriété : légataires sous condition, héritiers dont la qualité est contestée, copropriétaires dont les droits font l'objet d'un litige. Notamment les ventes d'immeubles de congrégations religieuses ont, en grande majorité, été poursuivies ces temps derniers par les liquidateurs, en présence de tiers, sociétés ou revendiquants, dont ils contestaient les droits de propriété. Nul n'a soutenu que la présence de ces personnes à la vente ne cause une obligation de reconnaître définitivement leurs droits.

---

(1) Percerou, Note aux Pand. fr., 1905. 2. 212, loc. cit.

(2) Cass , 21 juin 1904, précité.

SECTION III

Solution du conflit

Nous ne croyons donc pas qu'on puisse empêcher les cohéritiers créanciers de rapport d'exercer leurs prélèvements sous prétexte que l'art. 883 ne s'applique pas à la licitation au profit d'un tiers. Si, dès lors, on admet que le droit de prélèvement existe comme le droit au rapport de dettes dès la naissance de l'indivision, dès l'ouverture de la succession, notre conflit entre cohéritiers et créanciers hypothécaires d'un héritier débiteur de rapport va se résoudre en faveur des premiers.

Si un héritier est débiteur d'un rapport égal ou supérieur à sa part héréditaire, il n'aura jamais été propriétaire d'une part même infime des biens de la succession. Il n'aura jamais pu en disposer directement ou indirectement. Les inscriptions judiciaires prises sur ces biens à venir n'ont pas frappé l'immeuble. Quant à celles qu'il a conférées dès l'ouverture de la succession elles sont nulles car le débiteur avait hypothéqué un bien qui ne lui appartenait pas. Peu importe, qu'il ait pris part à la licitation de l'immeuble successoral : ses droits ne pouvant être déterminés d'une façon certaine que par le partage, il a été appelé à la licitation éventuellement pour que l'acquéreur puisse recevoir une propriété certaine et définitive.

Si de l'établissement des comptes opéré par la liqui-

dation il ressort qu'il reste à notre débiteur une part d'actif successoral après l'exercice des prélèvements par ses cohéritiers, il sera reconnu avoir été propriétaire de l'immeuble dans la mesure de ce surplus et à concurrence de sa vocation héréditaire. Les hypothèques qu'il aura constituées seront valables dans la même mesure. Les créanciers hypothécaires pourront toujours intervenir pour surveiller l'établissement du montant du rapport à son véritable chiffre et pour obtenir des cohéritiers, si c'est possible, qu'ils prélèvent sur d'autres éléments de l'actif successoral que l'immeuble à eux hypothéqué.

Mais en tout cas les cohéritiers pourront exercer leurs prélèvements devant les créanciers hypothécaires qui, comme l'équité le commande, ne passeront qu'après eux.

TROISIÈME PARTIE

Solution du conflit avec l'interprétation large de l'article 883

Jusqu'au 5 décembre 1907, la Cour de Cassation ne reconnut pas le droit de prélèvement des cohéritiers et dans tous les procès qui lui furent soumis donna gain de cause aux créanciers hypothécaires. Elle se basa pour ce faire sur les objections que nous avons examinées et malgré les résistances des Cours d'Appel, malgré les doléances des praticiens, elle admit toujours comme conséquence de son interprétation étroite de l'art. 883 la préférence des créanciers personnels du débiteur de rapport sur les cohéritiers. Pourtant elle ne pouvait plus longtemps méconnaître les raisons d'équité qui militent en faveur de ces derniers. Aussi avant l'arrêt de 1907, croyait-on généralement dans le monde des affaires que les cohéritiers verraient cette fois leurs droits maintenus par la Cour suprême, qui

admettrait l'exercice du droit de prélèvement malgré l'absence d'effet déclaratif. Nous croyons avoir montré la possibilité de cette combinaison. Le 5 décembre 1907, la Cour de Cassation ne trompa pas l'attente générale et statua en faveur des cohéritiers, mais s'appuyant sur un moyen que personne n'osait plus proposer. La Cour revint sur l'interprétation de l'art. 883 à sa jurisprudence antérieure à 1887 et arrêta : que les cohéritiers devaient être payés par préférence aux créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur de rapport, parce que la licitation même dénouée au profit d'un tiers, était dotée de l'effet déclaratif.

Ce moyen de solutionner le conflit est donc tout différent de ceux que nous avons étudiés et mérite un examen tout spécial.

CHAPITRE I

Faut-il étendre la portée de l'article 883 du Code civil ?

Tout d'abord cette interprétation large que la Cour suprême avait admise avant 1887, puis qu'elle avait repoussée pendant vingt ans, doit elle nous donner satisfaction en général ?

Nous répondrons : oui (1).

SECTION I

L'interprétation large de l'article 883 et les intentions présumées des rédacteurs du Code

Déjà il semblerait étrange de faire dépendre le caractère de la licitation de la qualité de l'adjudica-

(1) C'est aussi l'avis de MM. Ambroise Colin, D. 1908. 1. 113. — Lyon-Caen, S. 1908. 1.5. — Pilon, Rev. trim. de dr. civ., 1908, p. 133. — Félix Bonnet, Journal des Notaires, 16 janvier 1908. — Giraud, Rép. gén. du notariat et de l'enregistr., art. 15556.

taire. « Suivant que celui-ci sera l'un des cohéritiers ou un étranger, l'acte serait même dans les rapports des cohéritiers entre eux déclaratif ou au contraire translatif ! Cette solution satisfait d'autant moins la raison que l'admission des étrangers est souvent imposée par la loi (art. 1687). Comment l'observation d'une prescription légale pourrait-elle modifier au regard des intéressés dans leurs rapports respectifs le caractère d'un acte juridique ? (1). »

Mais, ici encore, nous ne pouvons nous contenter de raisonnements logiques pour établir une théorie juridique. Il nous faut consulter les lois.

Or, l'interprétation large de l'art. 883 nous paraît conforme à l'esprit de notre Code civil.

Nous avons déjà dit que l'égalité des héritiers appelés à recueillir une succession était un principe de nos lois. Lors de la rédaction du Code, le rapporteur au tribunat disait : « Il faut que l'égalité règne dans les partages ; elle est rigoureusement nécessaire et toutes les conséquences qui en résultent doivent être maintenues avec soin. »

Aussi voyons-nous dans les articles 815 à 892 tout un ensemble de règles concourant vers ce même but.

Chaque héritier est d'abord protégé contre l'auteur commun par l'établissement de la *réserve*.

Puis contre ses cohéritiers par l'institution du *rapport* : rapport des dons et des legs (art. 843), rapport des dettes (art. 829) ; les uns et les autres établis

---

(1) De Loynes, note ou D. 1900. 2. 49.

dans le but de conserver l'égalité entre tous les enfants successeurs (1).

De plus, le législateur ayant prévu l'insolvabilité possible du débiteur, décide que les héritiers à qui ce rapport est dû, prélèveront une part égale au rapport sur la masse de la succession (art. 830).

Restaient les créanciers et ayants cause personnels de chaque héritier qui auraient pu, dans certains cas, faire échec au principe d'égalité. Le Code (articles 826, 830, 841, 2103 à 2109, 2125, 2205) édicte des mesures de protection, tout en prenant soin, dans la mesure du possible, des intérêts de ces ayants cause et créanciers (art. 820, 865, 882, 1166, 2205).

Enfin, après avoir ainsi assuré l'égalité entre cohéritiers, le législateur de 1804 se rendit compte: « que le cohéritier débiteur envers la succession aurait un moyen très facile de porter atteinte au droit si précieux de prélèvement, qui appartient à ses copartageants, s'il pouvait grever la masse indivise au profit de ses créanciers personnels de droits réels, que le partage et le prélèvement qui en font partie, seraient impuissants à effacer (2) » et alors il fit passer dans notre Code la fiction de l'article 883.

---

(1) En ce sens : Lebrun, Successions, liv. III, ch. VI, sect. 2 n° 2 et suiv. — Pothier, Successions, ch. IV, art. 2, § 2. — Meynial, Rapport des dettes. — Planiol, T. élém. de dr. civ., n° 2301, au T. III, 2e édit.

(2) Demolombe. — Tr. des succ. p. 301, n° 265.

SECTION II

Véritable sens de l'artile 883

Ne résulte-t-il pas de toutes ces dispositions prises dans le même sens que les auteurs du Code ont entendu poser dans cet article une règle large plutôt qu'étroite?

Suivant M. Wahl (1) l'effet déclaratif créé originairement dans un but de résistance fiscale, était étendu le plus possible sous l'ancien régime, parce que les partages n'étant pas alors réputés contenir de mutations, n'étaient pas assujettis aux droits féodaux et fiscaux. Peut-être, nous l'avons dit nous-mêmes (2), mais en tous cas, s'il est passé dans notre code on ne peut dire et personne n'a jamais prétendu que ce soit pour autre chose que pour sanctionner l'égalité des cohéritiers.

On s'est attaqué, alors, aux termes mêmes de l'article 883(3). Cet article porte : « *Chaque cohéritier...* » et non pas « *chaque personne...* » Puis *in fine* « *effets de la succession* ». Voilà, dit-on encore, quatre mots qui semblent bien vouloir écarter l'application de l'effet déclaratif de la licitation au profit d'un tiers, car le prix de l'immeuble adjugé à un tiers n'est pas un

---

(1) Wahl. — Liv. du Centenaire, art. cité.

(2) V. supra. chap. préliminaire, section I, *in principio* et page 11 note 3.

(3) Wahl. — Note sous Cass. (7 février 1892. — S. 94. 1. 417. § 4).

effet de la succession, puisqu'il est dû par un acquéreur qui n'a jamais été débiteur du défunt..

Nous ne voyons pas comment les mots « chaque cohéritier » pourraient être objectés. Si nous prétendions dire que la licitation doit produire l'effet déclaratif complètement (1), c'est-à-dire vis-à-vis du tiers adjudicataire, aussi bien que vis-à-vis des cohéritiers, évidemment ces deux mots pourraient nous faire hésiter. Mais tous les autres auteurs et la Cour de Cassation, considérant que l'effet déclaratif se produit seulement dans les mains de chaque cohéritier sur la portion du prix de l'immeuble, mise dans son lot l'expression « chaque cohéritier » ne saurait nous arrêter.

D'autre part, le prix ne peut-il être considéré comme substitué à l'immeuble qui, lui, est bien « effet de la succession ». Nous croyons qu'il existe un rapport très étroit entre l'immeuble et son prix, et que ce dernier, tenant véritablement lieu et place de l'immeuble mérite la qualification d'*effet de la succession* (2). A notre avis les termes de l'article 883 ne s'opposent pas à une interprétation large.

---

(1) V. ch. préliminaire, § 3.

(2) V. *infra*, IIIe partie, chap. I, section IV. — § 3 *in fine*.

SECTION III

L'article 883 s'applique à la licitation au profit d'un tiers parce qu'elle est un acte mixte

Une autre objection a encore été faite : La portée de l'effet déclaratif du partage est nécessairement restreinte, parce que ce n'est qu'une fiction. En conséquence, on ne peut l'admettre que dans l'hypothèse prévue par le texte de la loi. Lorsque l'adjudication est tranchée au profit d'un tiers, il s'est opéré, non pas un partage, mais une vente qui a fait sortir définitivement l'immeuble de la masse partageable, et toutes les parties à l'acte doivent en subir les conséquences.

Nous ne disons pas le contraire, la licitation constitue une vente entre les héritiers et l'adjudicataire. Mais pourquoi ne constituerait-elle pas un acte de nature mixte participant de la vente, quand il s'agit de régler les rapports de l'adjudicataire et des cohéritiers et restant un acte de partage régi par l'art. 883 dans les relations de ces derniers entre eux ? C'est la doctrine d'Aubry et Rau, de Demolombe, de Labbé. Ce fut celle que soutint M. le procureur général Baudouin, aux audiences des 4 et 5 décembre 1907, devant les Chambres réunies de la Cour de Cassation.

Un acte ne peut-il (1) revêtir diverses physionomies

---

(1) V. Legrand, Gaz des Tr., 18 et 19 oct. 1907.

et s'analyser de manières différentes, suivant qu'on examine les rapports entre telles et telles parties qui y figurent ?

Voyons l'art. 1494. D'après lui, la femme qui s'est obligée conjointement avec son mari, et renonce à la communauté, reste tenue envers les créanciers comme un débiteur principal, et elle n'est qu'une caution à l'égard de son mari codébiteur. Qu'y aurait-il alors d'anormal à considérer une licitation comme une vente, au regard de l'adjudicataire, et comme un acte de partage dans les rapports des cohéritiers entre eux ?

Certainement nous ne dirons pas que l'adjudication, au profit d'un tiers qui a toujours été étranger à l'indivision, doit produire en ce qui le concerne les effets du partage. Sous cet aspect, c'est une vente. L'art. 1686 le dit, et raisonnablement on ne pourrait comprendre que cet étranger soit censé avoir succédé directement au défunt, auquel aucun lien de droit ne le rattache. L'art. 883 ne peut s'appliquer aux droits du tiers adjudicataire, puisque l'effet de cet article est précisément de mettre les héritiers dans la même situation que s'il n'y avait pas eu une période d'indivision, c'est-à-dire que s'ils avaient succédé directement et sans intermédiaires au *de cujus* lui-même, en vertu de la saisine héréditaire.

Au regard de l'adjudicataire, la licitation est donc une vente et en produira tous les effets (1).

« Autrement dit (2) :

---

(1) Sic. Aubry et Rau, VI, 4e éd., p. 654.

(2) Ajoute M. Baudouin. Conclusions adoptées par l'arrêt de Cass., 5 décembre 1907, précité.

1° Elle donne naissance, non au privilège de copartageant, mais au privilège de vendeur (1).

2° La garantie qui en découle est réglée par les art. 1625 et suivants, et non point par l'art. 884 (2).

3° Tandis que le partage ne peut être résolu pour cause d'inexécution des conditions et que la licitation est alors soustraite à la résolution et à la folle enchère (3), l'adjudication à un étranger est soumise à la résolution de l'art. 1654 et à la folle enchère (4).

4° L'action en rescision pour cause de lésion de l'art. 887, fondée sur la nécessité de maintenir l'égalité entre cohéritiers, est étrangère à la licitation tranchée au profit d'un tiers » (5).

5° Elle est soumise à la transcription (art. 1, L. 23 mars 1855).

6° Enfin le droit de mutation est dû comme s'il s'agissait d'une vente ordinaire, comme dans notre

---

(1) Cass., 19 oct. 1896.— D. 1897, 1, 44.— Planiol, Tr. élém., t. III, 2e éd., n° 2385. — Rep. Fuzier-Hermann. — V. Partage, 381.

(2) Fuzier-Hermann, *eodem*, nos 883 et 1052. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, 3e éd., 4316. — Giraud, Rep. gén. du Notariat et de l'Enregistrement, 1908, art. 15556.

(3) Cass., Req., 2 janvier 1884. — D. 1884, 1, 315. — Guillouard, Vente, 735. — Laurent, X, 412. — Wahl, Note sous Cass., 17 février 1892, précité, § 2, et autorités citées.

(4) Guillouard, II, 736. — Planiol, III, 2385. — Laurent, X, 420. — Baudry-Lacantinerie et Collin, III, 3292. — Duvergier, Vente, II, 145.

(5) Aubry et Rau, VI, 4e éd., p. 583. — Merlin, Rep., V, Lesion, § 4, n° 7. — Laurent, X, 484. — Wahl, note S., 1894, 1, 419.

ancien droit le droit de lods et ventes était dû par l'adjudicataire étranger (1).

On ne peut objecter (2) contre cette théorie, que Pothier et les feudistes (3) n'admettaient pas, l'extension de l'effet déclaratif à la licitation au profit d'un tiers, et que c'est un précédent historique dont il faut suivre la solution. Notre vieux droit français n'a entrevu qu'une question fiscale, soumettant cette licitation au droit de lods et ventes comme nous le faisons aujourd'hui, mais il n'a pas entendu trancher la question de validité des hypothèques, qu'il n'a pas même aperçue et qu'il n'a pu, par suite, résoudre (4).

Mais si, maintenant, nous considérons les rapports des cohéritiers entre eux, la licitation nous apparaîtra vraiment comme un acte du partage, de la même nature que les autres opérations du partage et devant être soumis comme elles à la règle de l'art. 883.

M. Baudouin l'a exprimé excellemment et à peu près dans ces termes (5) :

« Une succession est dévolue à plusieurs cohéri-

---

(1) Pocquet de Livonnière, Fiefs, liv. III, chap. VI, art. 5, p. 221. — Dumoulin, Coutume de Paris, § 22, art. 33 et 78. — D'Argentré : *De Laudimiis*, ch. 1, § 53. — Fonmaur, Lods et ventes, 1, 306. — Arrêts de Maynard, liv. IV, ch. 50, n° 1. — Arrêts de Papon, liv. XIII, 2. — Championnière et Rigaud, n° 2793.

(2) Comme M. Wahl, Note sous Cass., 17 février 1892, précité, § 3.

(3) V. note 1. — Adde : Pothier : Traité de la vente, n° 515.

(4) Sic. — De Loynes, Note au D , 1900, 2, 49. — V. *contra* à notre page 11 la note 3.

(5) Baudouin, Conclusions, Cass., 4 et 5 décembre 1907, précité.

tiers, il faut la partager entre eux. Mais ce partage auquel on va procéder n'est pas une opération unique consistant simplement à attribuer à chacun ce qui lui revient. C'est une opération complexe à plusieurs phases, qui toutes tendent à un but unique. C'est, si je puis ainsi dire, une pièce à plusieurs actes comportant :

1° L'estimation et la vente du mobilier ;

2° L'expertise et la licitation des immeubles ;

3° La liquidation par le notaire ;

4° La formation des lots, leur tirage au sort, la remise des titres ;

5° Enfin l'homologation qui termine le tout.

Mais c'est une pièce unique, et la licitation n'en est que le deuxième acte. » Du reste, le Code la réglemente au Titre du Partage (art. 827, 839 C. civ., art. 969 et s., C. pr.).

Rien ne s'oppose à cette double acception de la licitation : vente entre l'adjudicataire et les héritiers, acte de partage entre les cohéritiers. On a voulu faire une objection d'ordre historique et mettre en avant un texte de Pothier suivant lequel la licitation serait toujours une vente.

Or, à peu près à l'époque de la naissance de Pothier, Lebrun disait : « Les parties en licitant ont l'intention de consommer le partage ; c'est un moyen nécessaire pour l'achever. Ainsi elle est considérée comme un partage par les cohéritiers, c'en est un accessoire et une dépendance (1). »

---

(1) V. supra, chap. préliminaire, § 3.

De nos jours, M. Labbé le répéta : « La licitation est par dessus tout une opération préparatoire, elle trouve sa fin dans l'acte subséquent qui attribue à chacun des héritiers ce qui lui revient dans la mesure de ses droits. L'effet de la licitation est incertain, en suspens jusqu'à la fin de la liquidation (1). »

MM. Aubry et Rau de même ont écrit (2) : « Pour ce qui concerne l'influence que l'art. 883 doit exercer sur la licitation par suite de laquelle un étranger s'est rendu adjudicataire d'immeubles héréditaires, elle se détermine par le principe qu'une pareille adjudication, quoique constituant dans les rapports des colicitants avec l'adjudicataire une vente ordinaire, n'est, en ce qui concerne les relations des cohéritiers entre eux, qu'un incident du partage, une opération nécessaire pour arriver à la liquidation de la succession (3). »

SECTION IV

L'article 883 s'applique au prix substitué à l'immeuble

§ 1er. — Considérations logiques

La licitation a pour seule utilité de rendre possible le partage d'une chose de nature impartageable. C'est

---

(1) Note au S. 1889. 1. 193.

(2) Op. cit., VI, p. 564.

(3) Nous citons ces passages d'après les conclusions de M Baudouin.

dans ce but qu'elle a été créée. Grâce à elle, à la place d'un immeuble par exemple, les cohéritiers vendeurs deviendront propriétaires d'une somme d'argent qui pourra être repartie entre eux, alors que l'immeuble lui-même n'aurait pu l'être. Ne semble-t-il pas naturel alors de dire que cette somme d'argent qui remplace l'immeuble lui est vraiment substituée et devra être soumise aux mêmes règles en tout et pour tout?

Lorsque la licitation est tranchée au profit d'un cohéritier, il en est ainsi, tout le monde l'admet. Il semblerait donc bien illogique de vouloir établir des dispositions différentes pour une licitation qui sera dénouée en faveur d'un tiers par suite d'un pur hasard.

L'art. 1687 prévoit et ordonne même dans certains cas la présence d'étrangers à l'adjudication comme mesure de protection et de garantie envers les cohéritiers. Il est impossible que l'art. 883 édicté par le même législateur fasse un danger et un désavantage pour les cohéritiers de l'acquisition par un de ces étrangers. S'il en était ainsi, ces deux articles auraient donc été rédigés dans un esprit absolument contraire.

Il semble bien qu'en toute équité le prix doive être substitué à l'immeuble et le remplacer dans la masse successorale au point d'être régi par les mêmes règles. Ainsi les droits des héritiers « seront les mêmes en ce qui le concerne que ceux qu'ils avaient sur le bien licité et leurs créanciers personnels ne peuvent avoir sur lui plus de droits qu'ils n'en ont eux-mêmes (1) ».

---

(1) Baudouin, conclusions précitées.

Pourtant une grosse objection théorique peut être faite à ce raisonnement de logique et de bon sens.

Dire que le prix de l'immeuble est substituée à cet immeuble et doit être régi par les mêmes règles, c'est dire que le prix est *subrogé* au bien. Or, suivant de nombreux auteurs (1), la subrogation réelle est de droit étroit et ne doit pas être étendue sans texte. De plus (2), l'immeuble était une valeur héréditaire. Le prix qui le remplace ne peut avoir ce caractère, puisque l'opération qui le fait naître est postérieure au décès de l'auteur commun et que le défunt y est toujours demeuré étranger. Or, l'art. 883 établit une fiction et doit être interprété restrictivement. Il exclut nécessairement les biens héréditaires licités au profit d'un étranger.

§ 2. — La théorie de la « fiction » de l'article 883 ne l'empêche pas

Nous pourrions d'abord répondre (3) que suivant une théorie moderne l'art. 883 tend à être envisagé comme reposant non pas sur une fiction mais sur l'idée d'une condition suspensive ou résolutoire. Chaque cohéritier aurait dès l'ouverture de la succession un droit conditionnel sur tous les biens qui la composent. La condition serait que les biens soient

---

(1) Notamment pour le cas qui nous occupe par MM. Wahl, Ambroise Colin.

(2) Wahl. — Note ou S. 1905. 2.89.

(3) Après M. Baudoin dans ses conclusions précitées.

mis dans son lot. Pour les biens qui lui seraient alloués par le partage, la condition étant remplie, il serait censé en avoir toujours été propriétaire. Quant aux biens mis dans le lot des autres héritiers, il serait censé n'avoir jamais eu aucun droit sur eux. Mais cela non en vertu « de la fiction de l'effet déclaratif » mais en vertu de la condition résolutoire. Cette théorie respecte absolument les termes de l'art. 883 qui dit simplement : « Chaque cohéritier est *censé*... »

Cette théorie a été soutenue par Demolombe (1), Berthauld (2) : « L'idée de l'art. 883, disait ce dernier, n'est pas une fiction, une sorte de mensonge pour lequel la loi réclame la foi. C'est une part de vérité que le législateur dote dans certains cas d'une influence prépondérante. Le partage dans la réalité des choses est déclaratif : il ne crée pas en effet le titre du copartageant apportionné; il reconnaît et mesure ce titre. Le communiste avait un droit préexistant, mais coexistant aussi avec des droits collatéraux qui le limitaient. C'est ce droit qui se dégage de toute concurrence en se concentrant. Il planait sur la masse indivise : il se fixe en se complétant sur une portion déterminée de cette masse. Le partage rétroagit au jour où a commencé l'indivision, parce que le droit indivis n'existait que sous condition, sous une condition résolutoire. Nul n'est tenu de rester dans l'indivision : donc le droit indivis dépend de la volonté de

(1) Tr. des succ., III, n° 849, p. 491.

(2) Questions pratiques de dr. civ., I, n° 299, p. 246.

chacun des communistes. La conversion en un droit divis est soumise à un fait potestatif de la part de chacun de ceux à qui il appartient.

Voilà l'élément qui n'a rien de fictif, que l'art. 883 met en lumière et auquel il accorde une sorte de souveraineté. »

M. Planiol en tire la conclusion suivante : (1) « L'idée d'une condition suspensive paraît bien être l'achèvement de toute cette construction juridique, le terme final auquel elle doit aboutir. La simple fiction n'est qu'une demi explication qui qualifie le résultat obtenu à savoir la formation de lots exclusifs et indépendants les uns des autres sans faire comprendre par quel procédé il est réalisé » (2).

Evidemment il serait exagéré de prétendre que cette idée de condition résolutoire fut celle des rédacteurs du Code, mais « ce caractère tout au moins mixte et équivoque du partage a certainement influé sur la portée que la jurisprudence a été amenée à donner à l'effet déclaratif de l'art. 883 » (3).

La Cour Suprême l'a étendu successivement du partage pur et simple au partage avec soulte, du partage à la licitation, puis, au cas où le partage ne fesait pas cesser l'indivision d'une façon complète, deux ou plusieurs cohéritiers se rendant indivisé-

---

(1) Tr. élém. n° 2379, p. 694 au t. III, 2e éd.

(2) V. Desserteaux, op. cit., n°s 133 et 134.

(3) Baudouin, op. cit.

ment adjudicataires (1). Enfin le bénéfice de l'art. 883 fut encore accordé par la jurisprudence au cessionnaire d'un des cohéritiers ; c'est-à-dire à un étranger qui n'a aucun droit propre sur les biens de la succession (2).

« Tout cela prouve que *même en admettant que nous soyons en face d'une fiction*, il n'est ni impossible juridiquement, ni contraire à la jurisprudence d'assouplir le texte » de l'art. 883 (3).

§ 3. — La théorie de la « subrogation réelle » non plus ne l'empêche pas

Mais l'étroitese d'application de la théorie de la subrogation réelle va-t-elle vraiment nous interdire de considérer le prix de l'immeuble comme substitué à celui-ci? Au premier abord cette interdiction semble incompréhensible.

Le prix est la valeur exprimée en numéraire de la chose (4). C'est ce qui, dans le patrimoine du vendeur, prend la place de l'objet vendu. Comment prétendre que ce prix ne puisse représenter cet objet? On nous répondra : au point de vue logique ce raisonnement semble concluant, mais au point de vue juridique peuvent apparaître des objections que le simple bon

---

(1) Cass. 21 mai 1895. — D. 1896. 1. 9 — 26 juin 1895. — D. 1896. 1. 548.

(2) Cass. civ., 27 janvier 1857. D. 1857. 1. 5. — 9 mars 1886. D. 1886. 1. 353.

(3) Baudoin, op. cit.

(4) Littré.

sens ne suffit pas à découvrir. Ainsi, dans ce cas, la subrogation réelle du prix à l'immeuble proposée ne pourra se produire parce que c'est une fiction légale qui ne peut être étendue en dehors d'un texte exprès. Ce texte n'existe pas dans l'espèce qui nous occupe.

Mais en matière de subrogation réelle, non seulement un texte général manque, mais une série complète de textes particuliers fait aussi défaut (1). De sorte qu'on admit jusqu'à ces dernières années une maxime tirée de notre ancien droit et qui soit-disant devait servir à délimiter les cas où aurait lieu la subrogation réelle : « *In judiciis universalibus, res succedit loco pretii et pretium loco rei* ». D'après cet adage il semble que nous pourrons bien considérer le prix de l'immeuble licité comme subrogé à ce dernier.

Malheureusement, la maxime posée par nos anciens auteurs (2) et admise presque universellement (3) jusque vers 1895 est généralement repoussée aujourd'hui. D'abord elle manque de *criterium*. Elle pose que la subrogation aura lieu dans les « universalités ». Mais à quoi distinguer l'universalité? Si en droit romain on pouvait parler de *judicium universale* par suite du mécanisme des actions, il n'en est pas de même en droit français. Les auteurs qui ont cherché un criterium de l'universalité parlent d'un

---

(1) Demogue. — Rev. critique, 1901, p. 236 et s.

(2) Bartole. — Jean Fabre. — Merlin.

(3) Aubry et Rau, 4e éd., t. VI, p. 235. — Flach. — Revue historique de droit 1868.

lien de droit qui existe entre les parties d'un tout. « Pourquoi alors, dit-on à peu près unanimement que les biens propres ou que les biens dotaux ne forment pas une universalité ? » (1)

De plus cet adage avait été accepté sans examen (2), mais il faut se demander pourquoi la subrogation n'aurait pas lieu en dehors des universalités et pourquoi elle aurait lieu dans les universalités ? A cause de l'art. 2092 C. civ. ? en vertu duquel le droit de gage qui portait sur un bien aliéné reparaît sur l'objet que le débiteur acquiert à sa place ? Mais il n'est pas certain que cet article ait pour base le principe de la subrogation réelle. On admet maintenant qu'il veut dire que le débiteur oblige le sien : tous ses biens présents et à venir. Si cet article reposait sur la subrogation, on ne devait donc pas compter dans le gage des créanciers, les biens acquis à titre gratuit qui n'en remplacent aucun autre (3).

---

(1) Demogue, op. cit., p. 362.

(2) Planiol. — Tr. élém. t. III, 2e éd., p. 291., note 1.

(3) Demogue. — Revue critique 1901. M. Demogue cite l'exemple suivant à l'appui : Dans un nantissement de fonds de commerce, avec la maxime citée on dit : il y a universalité, donc subrogation. Les marchandises nouvellement acquises à la place des anciennes, rentrent dans le gage du créancier nanti. C'est faux. Le commerçant vend pour 1.000 francs et achète pour 2.000. Ces 2.000 servent de gage, or, l'idée de subrogation est insuffisante pour permettre ce résultat. Il faut mettre à la place un accord tacite des parties qui consentent à soustraire au droit de gage les marchandises vendues et à y soumettre en échange les marchandises achetées.

L'adage : *In judiciis universalibus...* n'est plus accepté aujourd'hui. On admet qu'il vient même d'une fausse, interprétation du Digeste par Merlin.

Faudra-t-il en conclure qu'on ne pourra dire dans le cas d'une licitation tranchée au profit d'un tiers, que le prix sera subrogé à l'immeuble qu'il représente ?

Nous espérons qu'il n'en est rien. Nous croyons justes les observations présentées sur la maxime romaine ; mais les partisans (1), de ces objections ont proposé une nouvelle théorie de la subrogation réelle qui nous permettra d'arriver aux mêmes résultats.

Tout d'abord il y aurait un péril économique à trop restreindre l'application de la subrogation réelle. Ce serait une entrave à la circulation des biens, qui serait d'autant plus regrettable que les immeubles sont souvent sujets à « dépérir » avec le temps. Ainsi on empêcherait « souvent des immeubles d'aller dans les mains de ceux qui auraient pu le mieux en tirer parti dans leur intérêt et dans celui de la richesse publique (2) » De même on courrait le risque dans certains cas (constitution d'immeubles propres ou dotaux par exemple) d'aller à l'encontre de la volonté implicite des contractants qui ont vu dans l'immeuble la valeur d'une somme d'argent.

On a donc proposé d'appliquer la subrogation réelle

---

(1) Saleilles, note au S. 1895. 2. 185. — Demogue, op. cit. — Planiol, note au D. sous Cass. 29 avril 1901.

(2) Demogue. — Revue critique, 1901, p. 247.

aux cas qui rentreraient dans l'une des deux séries suivantes :

1° *Biens soumis à une affectation spéciale.* — Toutes les fois qu'un bien quelconque aura reçu une affectation à une destination spéciale, qu'il sera envisagé plutôt pour la valeur pécuniaire qu'il représente, que pour son individualité propre, un autre bien qu'on lui substituera par nécessité ou simplement par utilité lui sera subrogé. « Nous arrivons à cette formule générale : Il y a subrogation pour les qualités qui ont été attribuées en vue de donner à la valeur que représente le bien, aujourd'hui aliéné, telle ou telle affectation (1) ». On s'en rapporte donc ici à la volonté des parties.

2° *Biens sujets à restitution.* — Lorsque le titulaire d'un droit aura perdu ce droit (2) ou ne sera pas en possession de ce droit (3), la loi lui donne parfois l'exercice d'un « droit analogue sur les biens que l'aliénateur a acquis en échange ou en remploi du

---

(1) Demogue. — Revue critique 1901, p. 256. — M. Demogue cite comme exemple le droit de retour de l'ascendant donateur. On peut dire que ce dernier n'a entendu se dépouiller que pour le descendant. Si celui-ci a vendu l'objet de la donation il y aura subrogation. Mais on peut dire aussi que le bien donné par l'ascendant, lui fait retour parce qu'il y a présomption, qu'il tient à ce bien. Alors s'il est vendu la qualité du bien ne se retrouvant pas dans son remplaçant, il n'y aura pas subrogation. L'art. 747 C. civ. incline vers la deuxième solution.

(2) Par exemple un absent dont les biens auront été vendus par un parent.

(3) Par exemple un héritier qui intente la pétition d'hérédité.

prix (1) ». Il suffira qu'il y ait acquisition corrélative à la perte ou à l'aliénation de l'objet ancien pour que la subrogation se produise. Il suffira « que le bien nouveau ne se fut pas trouvé dans les mains de son possesseur, si le bien ancien n'y eut pas été (2) ». Dans ce cas la volonté des parties est indifférente, on s'en rapporte à une question de fait.

Suivant cette théorie, la subrogation réelle n'est pas une fiction parce que jamais elle ne modifie le caractère ou la qualité juridique d'un bien (3-4).

Pourquoi ne l'admettrait-on pas au profit du prix d'un immeuble licité ? Cet immeuble a une destination bien spéciale : remplir les héritiers de leurs parts par fractions égales. L'auteur commun n'ayant pas fait de testament, ses biens doivent se partager entre ses enfants par égales portions. C'est une prescription légale. Autrement dit, dans le cas qui nous occupe, la succession comprenant un ou plusieurs immeubles impartageables, ces immeubles sont affectés par la loi à la seule destination de remplir les héritiers de leurs parts.

---

(1) Demogue. — Art. précité, p 302.

(2) Demogue, art. précité, p. 304. — M. Demogue énumère certaines mesures de publicité à prendre pour la sécurité des tiers.

(3) Planiol, Tr. élém. dr. civ., 2e éd., t. III, p. 291, note 1.

(4) D'après le nouveau Code civil allemand, il y a subrogation pour toutes choses acquises en vertu d'un droit ancien et pour ce qu'on a obtenu par un acte juridique relatif à un objet puis pour indemnités à raison de destruction, détérioration ou détournement de cet objet.

D'autre part, l'immeuble laissé par le défunt doit être plutôt considéré pour la valeur qu'il représente que pour son « individualité » propre. Le défunt n'ayant pas légué par testament l'immeuble à l'un des héritiers savait que cet immeuble impartageable tomberait dans l'indivision et finirait tôt ou tard par être vendu à fin de partage. Ce qui prouve que le défunt entendait transmettre à ses héritiers la valeur représentée par l'immeuble plutôt que l'immeuble lui-même. S'il avait voulu que le bien dont il est question n'aille pas à des étrangers, du moment où il le savait impartageable, il se serait arrangé pour le laisser à un de ses héritiers par un partage d'ascendant ou un testament. En admettant même que ce moyen soit impraticable à cause de l'institution de la réserve et de l'impossibilité où serait le légataire de l'immeuble de fournir des soultes, il n'en est pas moins vrai que dans l'esprit du père de famille n'ayant pas fait de testament, l'immeuble représente une somme d'argent destinée à être partagée par parts égales entre ses enfants. Dès lors, comment imaginer que ce prix ne soit pas subrogé à l'immeuble. Ce dernier étant impartageable, il était non seulement utile mais nécessaire de le vendre, de mettre à sa place une somme d'argent partageable.

La Cour de Cassation a jugé (1) que la subrogation réelle devait s'appliquer au cas de notre problème en

---

(1) Cass., 21 mars 1895. — D. 1896. 1. 9. — 5 décembre 1907, précité.

vertu de la maxime : *In judiciis universalibus res succedit loco pretii et pretium loco rei.*

Mais si nous voulons accepter la nouvelle théorie de la subrogation réelle, nous pouvons dire, il nous semble, en adoptant sa formule : l'immeuble est affecté d'après la volonté présumée du défunt, mais aussi d'après la loi à l'unique destination de remplir les héritiers de parts égales. Cet immeuble est envisagé plutôt pour la valeur qu'il représente que pour lui-même. Donc, son prix en tiendra véritablement lieu et place avec tous les effets de la subrogation réelle.

Ou bien ne pourrait-on pas dire aussi, envisageant la seconde série des cas de subrogation : les héritiers titulaires de droits sur l'immeuble perdent ces droits par suite de la licitation *forcée*. Les droits qu'ils acquièrent en échange sur le prix doivent être subrogés aux droits qu'ils avaient sur le bien vendu.

Il est, en tout cas, manifeste que ce serait aller contre la volonté du défunt que de prétendre que le prix ne tient pas lieu et place de l'immeuble et pourra être détourné en partie pour aller aux créanciers personnels d'un héritier débiteur de rapport et rompre l'égalité des parts de la succession.

M. le procureur général Baudouin a même prétendu trouver dans les textes du Code des mots propres à étayer cette substitution du prix à l'immeuble (1).

---

(1) Conclusions précitées. M. Baudouin, dont la thèse a été adoptée par l'arrêt des Chambres réunies (5 décembre 1907) admet la subrogation en vertu de l'adage : « *In judiciis universalibus...* » et non en vertu de la nouvelle théorie.

Les articles 827 à 830, dit-il, prescrivent : Art. 827 : la vente par licitation des biens incommodément partageables en nature ; art. 828 : « *après* que les meubles et immeubles ont été estimés et *vendus* », la formation de la *masse générale ;* art. 829 : les rapports des dons et des dettes ; art. 830 : les *prélèvements* à faire sur la *masse successorale* par les cohéritiers à qui les rapports sont dus. « Dire que la *masse successorale* sera formée *après la vente,* n'est-ce pas dire en termes formels que le prix de cette vente y sera compris, c'est-à-dire qu'il sera dans cette masse substitué au bien vendu qui en faisait jusque-là partie. Et quand l'art. 830 ajoute que les cohéritiers créanciers du rapport *prélèveront* une portion égale à ce rapport *sur la masse de la succession,* n'est-ce pas prescrire que ce prélèvement s'opérera sur tous les biens de la succession, *y compris le prix d'adjudication des biens licités ?* »

Ce prix tenant véritablement lieu et place de l'immeuble, on ne pourra plus objecter que l'art. 883 ne concerne que les « effets de la succession » (1).

---

(1) M. Ambroise Colin, dans une note sous Cass , 5 décembre 1907, D. 1908, 1, 113, prétend qu'il était superflu pour la Cour de Cassation d'invoquer cette subrogation. Il lui aurait suffi de dire que la licitation s'incorpore et s'absorbe dans le partage et que, dès lors, les seuls créanciers du prix sont les cohéritiers non exclus par la liquidation.

A notre avis, il n'est pas inutile, pour prouver que l'art. 883 s'applique au prix de la licitation, de montrer que ce prix est bien un effet de la succession. Or, cela ne se peut guère qu'en admettant qu'il est subrogé à l'immeuble. L'idée de subrogation serait inutile si on admettait que l'effet déclaratif rétro-

En 1804, les rédacteurs du Code considéraient le partage en nature comme le mode normal de répartition ; le texte même de l'art. 827 démontre que la licitation était considérée comme un procédé exceptionnel. Ils ont donc choisi des termes qui s'appliquaient aux cas les plus fréquents, sans songer le moins du monde à leur donner une portée restreinte. On peut l'assurer surtout, en considérant que des articles précédents (art. 827 à 830) placent le prix de la licitation dans la masse à partager, et par conséquent le considèrent bien comme un effet de la succession.

Tous ces textes d'ailleurs (art. 827 et suiv., art. 883), fait, à notre avis, très judicieusement remarquer M. Baudouin, font partie du même Titre des « Successions », du même chapitre VI. « Il y a là une œuvre d'ensemble soigneusement coordonnée ». Après « avoir réglé (section 1), l'action en partage et ses formes ; (section 2), les rapports ; (section 3), le paiement des dettes, le Code détermine (section 4), les effets du partage, et le premier des articles de cette section est l'article 883. »

« Comment soutenir avec quelque apparence de raison que le premier de ces effets, l'effet déclaratif, ne s'applique pas à un partage rigoureusement conforme à toutes les prescriptions légales qui précèdent sans qu'aucun texte autorise ou commande une telle dérogation ? » On peut « parfois parler d'incohérence

---

agisse sur les immeubles, mais cette dernière conception ne nous semble pas avoir été envisagée par l'arrêt du 5 décembre 1907.

entre des textes votés à de longs intervalles les uns des autres. Mais ici l'œuvre est venue d'un seul jet, d'une même inspiration : elle a fait l'objet d'une loi unique décrétée d'ensemble le 19 avril 1803. Comment admettre dès lors qu'on puisse, en refusant d'admettre l'article 883 au cas si grave qui nous préoccupe, faire table rase ici de toutes les règles du rapport et du prélèvement ? » (1).

Nous croyons donc qu'on doit vraiment considérer le prix de la licitation comme substitué à l'immeuble qu'il représente (2).

SECTION V

L'art. 1220 C. civ. ne s'oppose pas à l'application de l'art. 883

Ici apparaît une autre objection. Si le prix est substitué à l'immeuble, nous serons en présence d'une créance qui remplacera un immeuble. Or, si celui-ci formait un tout indivisible, il n'en est pas de même de la créance. D'après l'art. 1220 C. civ., cette dernière va se diviser de plein droit entre les héritiers dès sa naissance et n'entrera pas dans l'indivision. Par conséquent, il n'y aura pas lieu de la partager. Nous pourrions répondre, semble-t-il, qu'en fait, des créan-

---

(1) Baudouin. — Conclusions précitées.

(2) M. Colmet de Santerre, qui soutenait la thèse opposée, l'a reconnu dès 1864. — Revue Critique, 1864, p. 490 et s. — La Cour de Cassation l'avait admis le 21 mars 1895. — D 96, 1, 9.

ces figurent souvent dans les partages. Mais ce n'est pas là une raison suffisante. Cette pratique, très utile pour équilibrer les lots, repose sur une cession de créance. Elle est soumise aux règles de ce genre de contrat, notamment à l'art. 1690 C. civ., qui exige la signification du transport faite au débiteur, ou l'acceptation faite par ce dernier dans un acte authentique. On admet que l'héritier auquel une créance est attribuée est le cessionnaire de ses cohéritiers pour ce qui excède sa part dans cette créance (1).

L'objection tirée de l'art. 1220 subsiste. Or, ici il n'est plus question de savoir si cet article, opérant dès la naissance de la créance, va empêcher les cohéritiers d'exercer leur droit de prélèvement (2). Le raisonnement à réfuter est le suivant : La substitution du prix à l'immeuble ne suffit pas à faire bénéficier le prix des dispositions de l'art. 883, puisque cet article ne règle que le partage et que les créances héréditaires se divisant de plein droit, d'après l'art. 1220, ne peuvent être partagées (3).

---

(1) En ce sens : Mourlon, Rep. sur C. civ., t. II, p. 202 et 203. — Huc, Dr. civ., t. V, n° 445, et Tr. de cession de créances, t. I, n° 283, t. II, n°s 363, 370, 385. — M. Beudant enseignait aussi cette théorie à la Faculté de Paris.

(2) V. supra, II^e^ partie, chap. 3, section 2, § 4.

(3) V. Baudouin, conclusions précitées. M. Baudouin cite en ce sens : Troplong, Vente, II, 876 et Privilèges, I, 891. — Laurent, X, 399, 400, 406, 407.— Duranton, VII, 250.— Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, 790. — Naudin, Transcription, I, 296. — Pont, Privilèges, I, 291. — Garsonnet, III, 720. — Théry, II, 251.— Demante, III, 225 *bis*. — Cpr. civ., 4 décembre 1866. — D. 1866, 1, 470, 30 mai 1877. — D. 1878, 1, 109, 23 mars 1881. S., 1882, 1, 217.

Heureusement, nous avons un autre texte, celui de l'article 832, qui, relativement à la composition des lots, porte : « Dans la formation et composition des lots on doit éviter autant que possible de morceler les héritages et de diviser les exploitations, et *il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou « créances » de même nature et valeur.* »

D'après lui, les créances doivent être comprises au partage. Comment le concilier avec l'art. 1220?

Il faut d'abord remarquer que l'art. 832 se trouve placé dans le chapitre du Partage, alors que l'art. 1220 l'est dans un chapitre concernant les Obligations. Les rédacteurs du Code ont-ils donc eu l'intention de déroger en un point important à la théorie du partage, qu'ils avaient admise par une simple phrase de l'article 1220? (1) Il n'est guère possible de le présumer. Cette remarque a une grande importance à nos yeux. Aussi sommes-nous prédisposés à admettre une conciliation proposée par des auteurs éminents (2). Nous lui ferons d'autant meilleur accueil qu'elle nous paraît basée sur un raisonnement des plus solides.

---

(1) V. Baudouin, conclusions précitées.

(2) Elle a été proposée par : Aubry et Rau, 4e éd., VI, § 635, p. 659 et s. — Larombière, art. 1220, nos 8 et 9. — Labbé, note au S. 1889. 1. 195. — Legrand, *Gaz. trib.*, 18 et 19 octobre 1907. — De Loynes, note au D. 1900. 2. 50. — Baudouin, Conclusions, D. 1908. 1. 113. — Laurent, Principes de dr. civ. fr, t. II, nos 49 et s. — Baudry et Wahl, Successions, t, III, no 4293. — De Folleville, Effet déclaratif du partage, p. 10. V. nouveau C. civ. annoté, art. 883, nos 224 et s.

Dans toute succession, il est essentiel de distinguer les rapports qu'ont les héritiers : 1° avec les créanciers et débiteurs de la succession ; 2° avec leurs cohéritiers ou les ayants-cause personnels de ceux-ci.

Or, si on examine quelque peu attentivement ces deux sortes de rapports, on voit que l'art. 1220 doit s'appliquer à la première catégorie et l'art. 832 à la seconde.

En effet, l'art. 1220 aura pour première utilité de protéger les héritiers contre les créanciers de la succession. Si l'un de ceux-ci auquel le défunt devait quelque chose pouvait réclamer la totalité de sa créance à l'un quelconque des héritiers, ce dernier pourrait en subir un grand dommage. Il aurait droit à des recours contre ses cohéritiers, il est vrai, mais ceux-là peuvent être insolvables.

L'article 1220 servira par contre aussi aux débiteurs de la succession qui, s'il n'existait pas, se trouveraient dans l'embarras de ne savoir à qui payer valablement.

Le sens de cet article 1220 est que : tant que durera l'indivision, chaque cohéritier sera forcé de payer les créanciers de la succession et, d'autre part, pourra recevoir le paiement de débiteurs de la succession *jusqu'à concurrence de sa part héréditaire.* Cet article « figure au titre « des obligations » sous la rubrique « des obligations divisibles ». « Il détermine dans quelle mesure l'exécution de l'obligation peut être poursuivie par ou contre chacun des intéressés, quand, soit le créancier, soit le débiteur, meurt en laissant plusieurs héritiers.

Il règle donc une question de poursuite, mais ne parle en aucune sorte de l'attribution définitive de la créance, il ne dit point à qui en reviendra définitivement le bénéfice. Et cela s'explique naturellement car le Code s'était déjà occupé de cette question d'attribution et l'avait réglée là où il devait le faire, c'est-à-dire au titre précédent des *Successions,* chapitre du *Partage* (1).

La division des créances édictée par l'art. 1220 n'est donc que provisoire et ne se produira que dans les rapports des héritiers avec les créanciers ou débiteurs de la succession (2). L'héritier qui recevra un paiement dans ces conditions ne touchera pas pour lui-même, mais bien pour la succession et le paiement ne sera libératoire pour le débiteur que jusqu'à concurrence de la part de l'héritier payé (3).

Si nous envisageons maintenant la seconde catégorie de rapports dont nous avons parlé plus haut : les rapports des cohéritiers entre eux ou avec leurs ayants-cause respectifs, nous entrerons dans le champ d'application de l'art. 832. Si on admet que l'art. 1220 a simplement eu pour effet de permettre à chaque héritier de recevoir un paiement provisoire à charge de le rapporter à la masse successorale, l'art. 832 s'appliquera à sa suite. Dès lors, conformément à ses

---

(1) Baudouin, conclusions précitées.

(2) M. Percerou l'a très nettement exposé dans une note sous Lyon, 29 mars 1905. — Pand. fr., 1905. 2. 212.

(3) Baudouin, op. cit V. aussi Legrand, *Gaz. d. trib.*, 18 et 19 octobre 1907.

termes, les créances seront soumises au partage comme tous les autres effets de la succession et alors aura lieu d'après ce partage l'attribution définitive des créances ou dettes de la succession.

Ainsi peuvent être conciliés les art. 1220 et 832. Il n'y a aucune corrélation nécessaire entre la détermination du droit de poursuite et l'attribution du bénéfice de la créance ; pas plus qu'au point de vue passif il n'y a de corrélation entre l'obligation des héritiers du débiteur au paiement et la charge définitive de la dette (1)

En présence des termes formels de l'art. 832, on ne peut admettre que la division de l'art. 1220 constitue entre cohéritiers un droit acquis et définitif (2).

« La divisibilité des créances n'a pas pour effet d'empêcher que les héritiers procédant au partage ne s'attribuent des parts inégales sur une créance dépendant de l'hoirie en la confondant parmi les autres effets héréditaires, ni même qu'ils la comprennent dans le lot d'un seul. Une créance doit être assimilée à toute autre valeur en numéraire, en effets mobiliers ou immobiliers. Toute distinction sur ce point serait arbitraire. Lorsque par l'effet du partage le cohéritier reçoit dans son lot une créance ou tout autre droit incorporel de l'hérédité, il en devient propriétaire au même titre que des autres valeurs qui lui ont été

---

(1) C. pr., C. civ., art. 870 à 883, notamment 873.

(2) M. le conseiller Babinet, Rapport sur l'arrêt de Cass., 2 fév. 1881. — D 1881. 1. 409 ; S 1881. 1. 117.

départies. Il tient cette propriété du chef du défunt et il est censé y avoir succédé immédiatement (1) ».

L'objection tirée de l'art. 1220 ne saurait donc, selon nous, empêcher l'application de l'art. 883 à la licitation au profit d'un tiers. La réfutation que nous venons d'exposer d'après M. Baudouin nous paraît probante, elle l'a paru aussi à la Cour de Cassation qui l'a acceptée (2).

En définitive, nous admettons que l'extension de « l'effet déclaratif » du partage à la licitation au profit d'un tiers est bien conforme au sens de l'art. 883 C. civ. Nous avons pour nous en ce sens l'autorité du dernier arrêt en cette matière des Chambres réunies de la Cour suprême dont nous avons maintes fois parlé.

---

(1) M. l'avocat général Nicod. Rapporté par M. Babinet, S. 1881. 1. 117, et M. Baudouin, D. 1908. 1. 113.

(2) M. A. Colin (note ou D. 1908. 1. 113) prétend qu'il est inutile d'écarter l'art. 1220 pour laisser à la licitation le bénéfice de l'art. 883. Nous ne le pensons pas. Ce serait inutile si on admettait que l'effet déclaratif frappe l'immeuble lui-même, car alors on pourrait dire que le cohéritier débiteur de rapport n'ayant pas été vendeur, la créance du prix de vente n'a pu entrer dans son patrimoine. Mais la Cour de Cassation a seulement admis que l'effet déclaratif se produisait sur la créance du prix dès sa naissance. V. les pages suivantes.

CHAPITRE II

Solution du conflit

Ceci posé, que deviendra notre conflit entre créanciers hypothécaires et cohéritiers créanciers du rapport ? Il sera solutionné de la façon la plus simple en faveur de ces derniers.

SECTION PREMIÈRE

La solution

Nous ne saurions exposer cette solution en termes plus nets et plus précis que ne l'ont fait les rédacteurs de l'arrêt rendu le 5 décembre 1907 par les Chambres rénnies de la Cour de Cassation ; qu'on nous permette donc de les reproduire à peu près intégralement et de dire :

« Si l'adjudication sur licitation d'un immeuble dépendant d'une hérédité doit au regard de l'adjudicataire, quand il est un tiers étranger à l'indivision être considéré comme une vente, elle constitue dans

les relations des cohéritiers entre eux une opération préliminaire du partage. » « La vente, ainsi faite, l'est en réalité, pour la masse successorale ; et la créance du prix entre dans l'actif à partager pour y être soumise comme l'aurait été l'immeuble même qu'elle remplace, aux règles ordinaires du partage. » Les règles du partage s'appliqueront « notamment en ce qui concerne, soit les prélèvements autorisés par l'art. 830 du Code civil au profit des cohéritiers à qui un rapport est dû en moins prenant, soit la formation et composition des lots à chacun desquels, suivant l'art. 832, il convient d'attribuer s'il se peut ; « la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur » L'article 1220 ne règle qu'une question de poursuite et n'a pas son application ici.

En conséquence « sur le prix d'adjudication, le droit qui, en principe, appartient à chaque héritier, n'est pas dès le jour de la vente fixé pour lui définitivement à l'égard de ses cohéritiers, mais reste subordonné aux résultats de la liquidation et du partage. » « Si donc un héritier est tenu à un rapport en moins prenant et si à la suite d'un prélèvement opéré en conformité de l'art. 830, la créance du prix est dans le partage, attribuée tout entière à un de ses cohéritiers, il sera réputé rétroactivement n'avoir eu sur ce prix aucun droit puisque le cohéritier qui en est attributaire est, aux termes de l'art. 883, « censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot » et qu'ainsi la créance remplaçant l'immeuble dans la masse successorale devient

elle-même, quoique n'étant pas née en la personne du défunt un « effet de la succession » auquel l'article 883 s'applique ». « Il en résulte que les créanciers personnels de l'héritier débiteur de rapport n'ayant pas plus de droits que lui, ne peuvent à l'encontre des copargeants par qui le prélèvement a été exercé élever la prétention, soit s'ils sont chirographaires, de concourir avec ceux-ci au marc le franc, soit de leur être préférés s'ils ont fait inscrire une hypothèque consentie par lui sur l'immeuble durant l'indivision. »

On pourrait dire plus succinctement. L'art. 883 s'appliquant à la licitation au profit d'un tiers, seront seuls considérés comme propriétaires, dès la naissance de la créance (1) du prix substitué à l'immeu-

---

(1) Ne pourrait-on prétendre que l'effet déclaratif se produisant, les cohéritiers sont censés avoir été dès l'ouverture de la succession, propriétaires de la part d'immeuble, que le prix représente dans leur lot et avoir été au moment de la licitation, vendeurs de l'immeuble pour cette part? Par conséquent, que le cohéritier qui ne reçoit aucune partie du prix, dans son lot n'a jamais été propriétaire, ni vendeur de l'immeuble et n'a pu constituer sur lui d'hypothèque valable. Ce serait peut-être pousser un peu loin les conséquences de l'effet déclaratif. La Cour de Cassation ne l'a pas fait dans l'arrêt que nous venons de citer et a suivi en cela l'opinion généralement adoptée et rapportée par M. Wahl (V. supra, chap. préliminaire, § 3). Nous pensons pour notre part qu'il serait peut-être excessif de faire remonter la fiction de l'effet déclaratif jusque avant la licitation. Cet effet déclaratif étant admis seulement à l'égard des héritiers et non du tiers acquéreur, ne peut toucher, il nous semble, que ce qui est dans le patrimoine des

ble, les cohéritiers qui, après les prélèvements et la liquidation toucheront une partie de ce prix Ils seront réputés en avoir été propriétaires dans la proportion exacte où ce prix tombera dans leur lot.

Toute hypothèque constituée pendant l'indivision ne sera donc valable que dans cette proportion. Et si l'un des cohéritiers par suite de rapports dus aux autres, voit son lot diminué ou réduit à néant, une hypothèque consentie par lui ne sera valable que pour une part restreinte ou complètement non avenue.

Les cohéritiers seront donc payés de préférence aux créanciers hypothécaires.

SECTION II

Sa valeur

Ainsi est réglé, au moyen de l'extension de l'art. 883 C. civ. à la licitation au profit d'un tiers, le sort des hypothèques consenties pendant l'indivision par un cohéritier débiteur de rapport. Nous avons jugé précédemment qu'il était aussi possible de résoudre le problème conformément à l'équité, même en écartant

---

héritiers, c'est-à-dire le prix et non l'immeuble qui en est sorti définitivement pour aller dans le patrimoine d'un étranger.

Au point de vue de la solution de notre problème il est suffisant d'admettre que l'effet déclaratif se produit quant au prix et d'adopter les conclusions de l'arrêt des Chambres réunies ci-dessus rapporté.

l'art. 883, grâce au droit de prélèvement établi par l'art. 830.

Lequel de ces deux procédés nous paraitra préférable ?

Celui qui étend le champ d'application de l'effet déclaratif.

Tout d'abord, pratiquement, il faut bien reconnaître qu'il est le meilleur puisque la Cour de Cassation, Chambres réunies, vient de l'adopter, alors qu'elle n'a jamais voulu accepter le droit des cohéritiers aux prélèvements lorsque la portée de l'art. 883 était restreinte.

Au point de vue théorique, la solution que nous avons exposée la dernière nous paraît aussi préférable. Elle est davantage en harmonie avec le droit commun, c'est-à-dire avec le dénouement du conflit, lorsque la licitation est tranchée au profit d'un cohéritier. Ainsi que l'adjudication sur licitation ait lieu au profit d'un indivisaire ou d'un tiers, l'art. 883 s'appliquera toujours et les cohéritiers seront toujours remplis des rapports à eux dus.

Puis, malgré notre conviction que les cohéritiers puissent exercer leurs prélèvements sans le secours de l'art. 883 et malgré l'autorité en ce sens de la grande majorité des Cours d'appel, des juristes et des praticiens ; il n'est pas admis par tout le monde que les cohéritiers prélèvent à titre de copropriétaires.

Mais la principale raison pour laquelle nous préférerons la seconde solution, c'est que pour permettre aux cohéritiers de prélever devant les créanciers hypothécaires sans le secours de l'effet déclaratif il

faut admettre que les cohéritiers avaient des droits sur l'immeuble lui-même. Nous avons dit : le cohéritier débiteur de rapport devait ce rapport dès la naissance de l'indivision (1) et n'a été propriétaire et vendeur de l'immeuble que pour le surplus de sa part héréditaire sur le montant de ce rapport. Les cohéritiers créanciers du rapport exercent leurs prélèvements parce qu'ils ont avant la licitation un droit sur l'immeuble provenant de la nature de la dette du rapport née dès l'ouverture de la succession.

Or, en admettant l'application de l'art. 883, il sera suffisant de dire : les droits des cohéritiers sur la créance du prix de l'immeuble après liquidation sont reportés rétroactivement au jour de la naissance de cette créance. Les héritiers dans le lot desquels est mise une part du prix seront censés avoir été propriétaires de cette partie du prix dès que celui-ci sera entré dans la masse successorale, c'est-à-dire au moment de la vente sur licitation. Il n'est pas nécessaire de faire remonter leurs droits jusqu'à l'immeuble ce qui est une complication et peut paraître subtil puisque l'immeuble est passé dans le patrimoine d'un tiers. En interprétant plus largement l'art. 883 on évite cette difficulté et, bien que nous croyons très juridique la première solution que nous avons proposée, nous croyons que la seconde donnera encore plus généralement satisfaction à ceux qu'intéresse le sort des cohéritiers.

---

(1) V. supra, 2e partie, chap. III, section II, § 5.

Est-ce à dire que cette dernière solution soit irréprochable à tous points de vue? Malheureusement non. Certains auteurs heureux pourtant de voir grâce à elle les principes d'équité sauvegardés, l'ont critiquée. Suivant eux, il faut avouer que la fin excellente à laquelle on arrive en élargissant l'interprétation de l'art. 883, fin conforme, du reste, à l'esprit de la loi, ne peut être atteinte qu'en « assouplissant les textes ». Il faut étendre le champ d'application de la subrogation réelle pour admettre que la créance du prix de l'immeuble « quoique n'étant pas née en la personne du défunt devient un effet de la succession » (1). Puis la distinction proposée au sujet de l'art. 1220 C. civ. n'est pas admise universellement.

Les Chambres réunies ont, il est vrai, jugé cet assouplissement des textes possible mais suivant certains : « Il eut mieux valu modifier la loi qu'en faire valoir une interprétation nouvelle. Ceux même qui soutenaient contre la jurisprudence de la Cour de Cassation la polémique la plus active et la plus convaincue se plaignaient moins de l'application de la loi telle que la consacrait la Cour de Cassation que de la loi elle-même, et la preuve que c'était bien la loi elle-même qui présentait les lacunes et les vices qu'ils signalaient, c'est que d'accord entre eux pour attaquer la jurisprudence de la Cour de Cassation, ces mêmes interprètes, auteurs ou arrêts, étaient en désaccord

---

(1) J. du Notariat, 16 janvier 1908.

pour trouver dans la loi les fondements sur lesquels ils voulaient édifier les systèmes contraires (1). »

Cette proposition de s'adresser au pouvoir législatif plutôt qu'au pouvoir judiciaire pour régler le conflit avait été exprimée depuis longtemps (2). Le Comité des notaires des départements s'était associé à cette proposition. Un de ses membres, M. Lefebvre, avait présenté, dès 1897 (3), un rapport tendant à la modification des art. 882, 883, 1220, 1221 du C. civ. Les conclusions de ce rapport, soumises à l'assemblée générale des notaires, ont été adoptées à l'unanimité (4).

---

(1) J. du Notariat, 16 janvier 1908.

(2) J. des Notaires, 1900, art. 27006, p. 105, et 1902, art. 27494, p. 11. — De Loynes. — Note au D. 1900. 2. 49.

(3) Circulaire 237.

(4) Circulaire 245. Voici dans quel sens les notaires proposaient la modification des textes :

1° Ajouter à la fin de l'art. 882 l'alinéa suivant : « Ils (les créanciers d'un copartageant) n'exercent leurs droits sur la part de leur débiteur qu'après tous rapports et prélèvements opérés. »

2° Ajouter à la fin de l'art. 883 : « L'application de ce principe (de l'effet déclaratif) s'étend au produit de la réalisation de tous biens successoraux pendant l'indivision. »

3° Rayer de l'art. 1220 la manière dont se divisent créances et dettes entre héritiers pour renvoyer aux règles établies au titre des successions. La section III de ce titre intitulée : « Du paiement des dettes » (art. 870 à 883) règle complètement la question. L'article 1220 devrait donc être simplement ainsi conçu : « L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de

Dans ces toutes dernières années, plusieurs vœux ont encore été émis dans ce sens. M. Charmont disait, en 1906 : « Le rémède le plus efficace, le moyen le plus sûr d'aboutir, c'est une réforme de la loi (1). »

Mais, dans l'état actuel des textes de notre Code civil, nous n'avons, pour résoudre le problème posé par le conflit des cohéritiers et des créanciers hypothécaires que les deux solutions que nous avons proposées dont la plus pratique est certainement, vu la jurisprudence de la Cour de Cassation, celle qu'on obtient en élargissant le champ d'application de l'art. 883.

---

leurs héritiers suivant les règles établies au titre des successions. »

4° Modifier légèrement l'art. 1221 pour le mettre en harmonie avec le précédent et lui donner pour première phrase : « Le principe de la divisibilité à l'égard des héritiers du débiteur reçoit exception : 1° dans... » au lieu de : « Le principe établi dans l'article précédent reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur : 1° dans... »

On peut remarquer que pour motiver la solution de notre problème en faveur des cohéritiers, la modification de l'art. 883 suffirait ; celle des art. 882, 1220, 1221 n'a pour effet que de mettre ces articles en harmonie avec l'art. 883 complété.

(1) Revue critique, 1906, p. 324 ; en ce sens : Amb Colin note au D. 1908. 1. 113.

CONCLUSION

La détermination du sort des hypothèques consenties pendant l'indivision par un cohéritier débiteur de rapports a donné lieu, nous l'avons constaté, à d'importantes controverses dans notre jurisprudence. Mais une question intéressante peut encore se poser : Des conflits de même nature n'ont-ils pas été soulevés aussi dans des pays étrangers ? Et, si oui, comment ont-ils été solutionnés ?

A la première partie de la question, nous répondrons : Dans plusieurs législations qui ont adopté une conception du droit de propriété transmis aux héritiers différente de *celle admise* par nos lois, le problème ne peut même pas se poser. Et, il faut bien le dire, on a souvent souhaité voir disparaître de notre Code civil la théorie de l'indivision successorale telle qu'elle y est réglementée actuellement.

« Tant que l'idée de la continuation de la personne du défunt, dit M. Giraud (1), avec division des créan-

(1) Rép. génér. de l'Enregistrement et du Notariat, art. 15556.

ces et des dettes, sera à la base de notre régime successoral, nous enregistrerons des controverses. On ne pourrait atteindre un résultat satisfaisant qu'en remplaçant la conception romaine de la continuation divisée de la personne et le régime hybride de l'indivision par l'idée mieux appropriée de *succession aux biens.* »

L'inconvénient de notre législation en la matière provient de la représentation fictive du défunt par ses héritiers, chacun pour sa part.

« C'est un principe traditionnel peut-être, mais à coup sûr funeste dans ses applications pratiques. Depuis longtemps, selon nous, notre législation aurait dû abandonner cette conception archaïque et recourir, pour la liquidation des successions, a une idée analogue à celle que l'on admet pour la liquidation des sociétés. Une société est censée se survivre pour les besoins de sa liquidation ; c'est pour son compte que les ventes sont effectuées, que les dettes sont payées (et dans beaucoup de sociétés sur l'actif social seulement) ; les associés ne recueillent l'actif, s'il en reste, que quand tout est liquidé. De même, croyons-nous, il faudrait, pour liquider une succession, considérer qu'elle continue à former un patrimoine unique reposant sur la tête du défunt censé se survivre à lui-même pour les besoins de cette liquidation. Les héritiers n'auraient, pendant les opérations liquidatives, aucun droit de disposition individuelle sur les biens héréditaires, pas plus que les associés ne peuvent disposer séparément des biens d'une société

dissoute mais non encore liquidée » (1). *Avec ce système, le problème dont nous nous sommes occupés ne se poserait même pas.* L'héritier n'ayant pu disposer de sa part indivise n'aurait pu constituer d'hypothèque (2). Et cette solution est précisément celle du Nouveau Code civil allemand.

Notre conception fâcheuse de l'indivision nous vient du *Condominium pro indiviso* du droit romain ; c'est celle qui gouverne, en effet, les pays de race latine : Espagne, Italie, Roumanie, celle qui est admise aussi en Hollande (3). Dans ces pays, les controverses qui ont eu lieu en France pourraient peut-être se reproduire, mais à notre connaissance aucun procès semblable à ceux qui se sont débattus devant nos tribunaux n'a eu lieu.

Les pays anglo-saxons, au contraire, ont adopté une conception de la propriété collective qui vient du droit germanique et est bien plus pratique. C'est dans

---

(1) Percerou, loc. cit. Note aux Pand. fr., 1905, D. 2, 212. — V. sur les diverses conséquences éminemment recommandables de l'idée de succession patrimoine distinct substituée à la fiction de continuation par l'héritier de la personne du défunt, un article du même auteur intitulé : La liquidation du passif héréditaire. Rev. trim. dr. civ., 1905.

(2) En ce sens : V. Wahl, Rev. trim. dr. civ., 1906, p. 812. — Charmont. Rev. Critique, 1906, p. 324. — Josserand, Liv. du Centenaire du C. civ., t. II, p. 358. — De Loynes, note au S., 1903, 2, 103.

(3) V. Asser, Le Code civil dans les Pays-Bas. — Liv. du Centenaire du C. civ., t. II, p. 834. — Dissescou, L'Influence du C. civ. français en Roumanie. — Liv. du Centenaire du C. civ., t. II, p. 366.

le sens de celle-ci qu'on a désiré une modification des textes français. Examinons-la donc rapidement.

Droit allemand. — Les Allemands ont préconisé dans leur Nouveau Code civil promulgué en 1900 la théorie de la *Miteigenthum zu gesammter Hand*, c'est-à-dire textuellement de la « propriété en main commune. » D'après cette théorie, qui remplace celle de l'indivision, la propriété n'est pas divisée entre les copropriétaires ni fixée sur une personnalité morale. Mais la masse de biens sur laquelle elle porte forme un patrimoine distinct, ayant pour titulaires un nombre plus ou moins grand de personnes qui n'ont qu'un droit collectif d'agir et qui ont besoin du concours de tous les titulaires de ce droit de propriété collective pour aliéner, ou grever de droits réels, cette masse de biens distincte de leur patrimoine propre.

L'acquéreur d'un des biens de cette masse sera l'ayant cause de la collectivité ; par suite les droits réels constitués par cette collectivité lui seront opposables et l'effet déclaratif est inconciliable avec cette théorie. C'est l'ensemble des titulaires qui affecte seul les biens en main commune de modalités quelconques et elle transmet les biens tels qu'ils sont affectés. Chaque propriétaire collectif n'a aucun droit de disposer individuellement de tout ou partie des biens communs.

Et ce qui fait que cette conception est très différente d'aucune autre du droit français, c'est que ce patrimoine distinct a pour titulaire non un individu ou une personne morale reconnue par la loi,

mais une collection d'individus qui ne peuvent agir isolément sans le consentement de tous.

Les cohéritiers sont donc créanciers de la masse des biens. Ils ont une garantie beaucoup plus sûre que celle que les copropriétaires dans l'indivision ont, d'après leur droit de copropriété ; car aucun des titulaires ne pourra porter atteinte au droit de gage de ces cohéritiers créanciers sur l'universalité des biens.

Pour employer la définition de la *Gesammte Hand*, donnée par M. Josserand : (1) C'est une « masse commune qui, échappant à toute emprise individuelle, vouée à une destinée purement collective n'appartiendrait cependant pas à un être moral distinct, mais bien à tous les membres de la collectivité, de telle sorte que nul d'entre eux ne pourrait s'affirmer propriétaire, même pour une part infime des biens mis en commun, mais que ces biens pris dans l'ensemble appartiendraient à l'ensemble des intéressés : la totalité est à tous et le patrimoine commun faisant bloc se trouve sauvé de l'indivision sans cependant s'appuyer sur une personnalité juridique qui marquerait la pluralité des ayants-droit ! » (2)

---

(1) Essai sur la propriété collective, Liv. du Centenaire du C. civ., t. I, p. 358.

(2) Adde Boistel. (Le Code civil et la philosophie du droit.—Liv. du Cent. du C. civ. t. I, p. 67). Suivant M. Boistel qui cite en ce sens Aubry et Rau (4e éd. t. IV p. 559-561 § 381 *bis*), la propriété en main commune n'est pas une invention des Allemands qui l'auraient tirée du droit germanique. Cette dérivation du droit germanique est très ancienne et était très répandue dans le très ancien droit français, dans la copropriété de

Un point encore remarquable, c'est la durée indéfinie de cette propriété en main commune. Au contraire de ce qui est édicté dans l'art. 815 de notre Code civil pour l'indivision, les copropriétaires en main commune ne peuvent demander le partage *ad libitum*. C'est pour cela que chacun d'eux ne peut disposer de sa part dans l'objet commun ; que ses créanciers ne peuvent la saisir, car une vente ou saisie implique pour l'acquéreur ou adjudicataire le droit de se mettre en possession, de s'immiscer dans les rapports des propriétaires entre eux. C'est une situation à peu près semblable à celle où se trouvent les associés d'une société dans notre droit, ou l'art. 1860 C. civ. interdit formellement à tout associé d'aliéner ou d'engager les choses qui dépendent de la société. « Ce qui doit s'entendre en ce sens qu'il ne peut aliéner ferme, même sa part dans ces objets : les mots « si ce n'est pas pour sa part » qui se trouvaient dans Pothier, (1) ont été supprimés par le Code. L'associé pourra bien aliéner sa part éventuelle dans le fonds social (art. 1861), part subordonnée au résultat du partage après la dissolution.... mais il ne peut aliéner une part précise dans tel ou tel bien déterminé, ce qui attribuerait à l'acquéreur le droit d'exiger immédiatement le partage et porterait atteinte à l'engage-

---

famille, dans les sociétés taisibles et enfin dans la communauté entre époux dont elle serait l'origine. — En ce sens, Ricol : La copropriété en main commune (thèse). C. pr. Desserteaux, op. cit., n° 44 et note.

(1) Société n° 89.

ment de rester dans l'indivision jusqu'à la dissolution de la société (1) ».

Le nouveau Code civil allemand a appliqué cette théorie à la liquidation du passif héréditaire. La mort du défunt « cristallise » en quelque sorte ses biens et les héritiers saisis de son patrimoine devront le liquider à peu près comme un administrateur judiciaire liquide les biens d'une société qui a cessé ses opérations (2). Ils liquideront « collectivement » ce patrimoine qui sera absolument distinct de leur patrimoine personnel.

L'un des copropriétaires communs ne pourra donc pas constituer d'hypothèque sur une part de ce patrimoine si minime fut-elle (3) et un conflit semblable à celui qui a soulevé de si nombreux procès en France ne pourra se produire en Allemagne.

Le droit de l'héritier étant ainsi paralysé, il n'est pas niable que son crédit en souffrira. C'est l'un des reproches qu'on a fait à la théorie de la propriété en main commune. Mais nous n'avons pas à discuter sa valeur ici.

Nous nous contentons de constater qu'une théorie similaire à celle de la *Gesammte Hand* fournirait une solution parfaite dans les relations entre cohéritiers

---

(1) Boistel, op. cit. — Voir aussi son Cours de dr. commercial, 1re éd., nº 158.

(2) V. l'article de M. Percerou, publié dans la Revue trimestrielle de 1905, p. 811 et suiv.

(3) V. aussi Carl Crome. — Similitudes du C. civ. allemand et du C. civ. français. Liv. du Cent., t. II, p. 604.

créanciers d'un rapport et créanciers hypothécaires du débiteur de rapport puisqu'elle empêcherait entre eux tout conflit.

Peut-être pourrait-on l'introduire en droit français, même en présence des textes actuels (1). Le Code civil n'a pas de théorie générale de la copropriété. Aucun texte ne prohibe la copropriété en main commune. Suffirait-il pour la repousser de constater sa différence avec la personnalité morale ou l'indivision ? Quoi qu'il en soit son admission actuellement constituerait une véritable révolution dans notre droit civil et nous n'oserions pas proposer ce moyen comme procédé de solution de notre conflit.

Droit suisse. — L'exposé du droit allemand que nous avons fait s'appliquait au droit de plusieurs cantons suisses (2), qui admettaient la Gesammte Hand, notamment les cantons de Zurich (3), Schaffouse, le canton des Grisons.

Les cantons de Fribourg et Schwytz l'appliquaient aussi dans leurs coutumes. L'avant projet du Code civil suisse, publié en 1900, et le projet revisé en 1904,

---

(1) V. Ricol, op. cit. — Nous entendons poser simplement la question. M. Ricol juge qu'il est possible de la résoudre affirmativement. Mais ce serait bien difficile sans modification aucune, notamment des articles 883 et 1220. En tout cas cela donnerait lieu a des controverses autrement vives que celles suscitées par les deux solutions du conflit que nous avons proposées.

(2) V. Ricol, op. cit.

(3) Fait curieux : La théorie de la propriété en main commune fut retranchée du Code de Zurich, lors de sa revision en 1887.

donnaient aussi une large place à la Gesammte Hand dans les lois fédérales (1).

Nous trouvons dans l'exposé des motifs de l'avant projet (tome II, page 118) : « Il (un héritier) ne pourra non plus consentir sur une part idéale d'une masse héréditaire un droit de gage ou une charge quelconque car seule la communauté (*la gesammte Hand, communicata manus*) a le droit de disposer de la succession ».

Enfin, le Code civil suisse du 10 décembre 1907, qui sera en vigueur le 1er janvier 1912, a conservé la théorie de la propriété en main commune (2).

Droit anglais. — Le droit anglais lui aussi a une copropriété sans quotes parts appartenant toute à tous (*joint tenancy*), qui est une véritable *gesammte Hand.* Il l'applique au patrimoine du défunt en assimilant celui-ci au patrimoine d'une société. Les héritiers n'auront aucun droit sur les biens héréditaires tant que l'universalité des droits actifs et passifs du défunt n'aura pas été liquidée.

Il est pourtant une distinction à faire parmi les biens du successible. Car, ainsi que cela avait lieu dans notre droit coutumier, on fait encore état, en Angleterre, de l'*origine* des biens.

Les héritiers liquideront eux mêmes les immeubles propres *(real estate)* du défunt, c'est-à-dire ceux qui lui ont été transmis par ses parents. Mais ils ne seront pourtant en aucun cas les continuateurs de la per-

(1) Ricol, op. cit.

(2) V. C. civ. suisse : art. 602, 652, 653 § 2 et 3.

sonne de ce défunt et ne seront tenus de ses dettes qu'*intra vires*.

Pour les immeubles que le défunt aura acquis lui-même pendant sa vie *(personal estate)* les héritiers ne seront pas liquidateurs. Si la succession est *ab intestat*, la Haute Cour de justice nommera un administrateur *(trustee)* ; si la succession est testamentaire, elle comporte obligatoirement un exécuteur testamentaire désigné par le défunt. Cet administrateur ou exécuteur testamentaire fera inventaire du patrimoine, en réalisera les droits actifs, en acquittera les charges et rendra compte de sa gestion ou « *Board of Ireland revenue* », sorte de bureau d'enregistrement qui perçoit les droits fiscaux sur l'actif net Cet actif sera ensuite remis aux héritiers, conformément à leurs droits (1).

Les Anglais repoussent donc eux aussi la fiction de la continuation du défunt par ses héritiers, chacun pour sa part et portion. Les héritiers n'ont de droit que sur l'actif net après le paiement des créanciers de la succession ; ils ne peuvent donc affecter d'aucune modalité leur droit indivis.

Dans cette législation encore, le conflit que nous avons présenté serait impossible et en somme il n'est à notre connaissance qu'en droit français qu'il ait eu lieu.

Si nous voulons d'un mot marquer la différence entre la législation française et les législations anglo-saxonnes, au sujet de la transmission du patrimoine du défunt aux héritiers, nous dirons : Après la mort

(1) V. Percerou, Rev. trim , dr civ., 1905, p. 860 et suiv.

du défunt, en droit français, il y a autant de successions partielles que d'héritiers; en droit allemand ou anglais, une seule succession masse autonome pour tous les héritiers.

Avec la conception française on ne peut empêcher le conflit entre cohéritiers créanciers d'un rapport et créanciers personnels du débiteur de rapport de se produire.

Nous croyons que tous les efforts doivent tendre à lui donner un dénouement en faveur des cohéritiers qui, en toute équité, paraissent plus dignes d'intérêt que les créanciers.

Même en admettant, ce qu'a fait la Cour de Cassation de 1887 à 1907, que l'article 883, C. civ., ne puisse s'appliquer à la licitation au profit d'un tiers, nous croyons possible de conserver aux cohéritiers le droit de prélèvement que leur donne l'article 830, C. civ, et qui les met à l'abri des prétentions des créanciers hypothécaires de leur cohéritier débiteur d'un rapport.

Avec l'interprétation large de la « fiction de l'effet déclaratif » qu'ont admises les Chambres réunies de la Cour de Cassation le 5 décembre 1907, les cohéritiers seuls qui, par le partage, se verront remettre une part du prix de l'immeuble indivis, seront réputés avoir eu un droit sur la créance de ce prix dès sa naissance. Par conséquent, le débiteur de la succession qui, par suite d'un rapport dû ne touchera aucune part du prix de l'immeuble, sera censé n'avoir jamais eu aucun droit sur ce prix et son créancier hypothécaire ne pourra se faire colloquer sur lui.

Cette dernière solution du conflit, en présence de

l'autorité qui s'attache à un arrêt des Chambres réunies de la Cour Suprême semble définitive, par conséquent pourra plus pratiquement être proposée dans les procès qui pourront survenir sur cette question.

Pourtant, on n'arrive aux deux solutions proposées qu'en assouplissant les textes du Code, et le problème ne comporterait plus de difficultés que si l'on se résolvait à modifier les lois françaises sur l'indivision successorale dans le sens de la co-propriété en main commune dont les législations étrangères nous donnent l'exemple.

Peut-être cette modification législative aura-t-elle lieu un jour, mais le temps en semble encore éloigné. Les discussions jurisprudentielles sur notre conflit semblent terminées. Malgré cela, il nous a paru intéressant d'examiner en détail l'une des plus grandes controverses qu'ait suscitées l'interprétation de notre Code civil et qui aient mis en opposition les Cours d'Appel et la Cour de Cassation.

Vu :

E. GAUDEMET.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon.

E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

E. BOIRAC.

BIBLIOGRAPHIE

Asser. — Le Code civil dans les Pays-Bas. (Le Code civil. — Livre du Centenaire, t. II, p. 817).

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariæ, t. IV et VI, 4e édition. — Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ, 5e édition, par G. Rau, Ch. Fatcimaigne avec la collaboration de M. Gault, t. II, III, IV.

Baudouin (M. le Procureur général). — Conclusions Cass. Ch. réunies, 4 et 5 décembre 1907. — D. 1908. 1. 113.

Baudry-Lacantinerie. — Précis de droit civil, 6e édition.

Baudry-Lacantinerie et Barde. — Traité théorique et pratique de droit civil. — Des obligations, 2e édition.

Baudry-Lacantinerie et Colin. — Traité théorique et pratique de droit civil. — Des donations entre vifs et des testaments, 1re édition.

Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. — Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage, 2e édition.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — Traité théorique et pratique de droit civil. — Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, 3e édition.

Baudry-Lacantinerie et Wahl. — Traité théorique et pratique de droit civil. — Des successions, 3e édition.

Bertauld. — Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon.

Boistel. — Cours de droit commercial, 1re édition. — Le Code civil et la philosophie du droit. (Le Code civil — Livre du Centenaire, t. I, p. 47.

Bourjon. — Le Droit commun de la France et la coutume de Paris. — Paris, M. DCC, LXX.

Brouchot (M. le substitut). — Conclusions Trib. de la Seine, 12 avril 1904. Gaz. du Pal. 1904, 1. 669.

Charmont. — Dissertations dans la Revue critique de législation et de jurisprudence, années 1890 et 1906.

Circulaires trimestrielles du Comité des notaires des départements. — Nos 245 et 252.

Le Code civil. — Livre du Centenaire publié par la Société d'études législatives. Paris, 1904.

Code civil Suisse. — Exposé des motifs de l'avant projet du département fédéral de justice et de police, t. II, Berne 1901.

Colin (Ambroise). — Notes sous Cass. civ., 18 juin 1900. — D. 1906. 1. 41 et sous Cass. ch. réunies 4 et 5 décembre 1907. D. 1908. 1. 113.

Colmet de Santerre. — Dissertation dans la Revue critique de législation et de jurisprudence, année 1864.

Cossard. — Dissertation au Journal des Notaires, année 1902.

Crome (Carl). — Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français, traduction de M. Pierre Verdelot. — (Le Code civil. Livre du Centenaire, t. II, p. 587).

Daloz. — Jurisprudence générale. Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence. — Jurisprudence générale. Supplément au répertoire. — Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine. — Les Codes annotés. — Nouveau Code civil, Paris, 1905.

Defrénois. — Traité pratique et formulaire des liquidations et partages.

Demante et Colmet de Santerre. — Cours analytique de Code civil.

Demogue. — Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle. — Revue critique, 1901.

Demolombe. — Cours de Code civil.

Deschamps. — Du rapport des dettes.

Desserteaux (Marc). — Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français. (Thèse Dijon 1908).

Dissescou. — L'influence du Code civil français en Roumanie. (Le Code civil. — Livre du Centenaire, t. II, p. 849).

Droit (le). — Journal des Tribunaux.

Du Caurroy, Bonnier et Roustain. — Commentaire théorique et pratique du Code civil par M. Du Caurroy, avec la collaboration de E. Bonnier et J.-B.-P. Roustain.

Dupin (M. le Procureur général). — Conclusions Cass. Ch. réunies, 16 janvier 1858. D. 1858. 1. 5.

Duranton. — Cours de droit français suivant le Code civil. — 4e édition.

Duvergier. — Le droit civil français suivant l'ordre du Code par C. B. M. Toullier, continué par M. Duvergier, 5e édition.

Folleville (Daniel de). — L'effet déclaratif du partage.

Fuzier-Herman. — Répertoire général alphabétique du droit français, publié par Carpentier et Fréjouan du Saint, sous la direction de Ed. Fuzier-Herman.

Garsonnet. — Traité théorique et pratique de procédure en matière civile et commerciale, 2e édition revue par Charles-César Bru.

Gazette du Palais. — Supplément au journal judiciaire quotidien.

Gazette des Tribunaux. — Journal de jurisprudence et des débats judiciaires. — Recueil de la Gazette des Tribunaux.

Giraud. — Dissertations au répertoire général du notariat et de l'enregistrement, année 1908, et à la Revue trimestrielle de droit civil, année 1904, p. 515.

Guillouard. — Traité du contrat de société. — Traité de la vente et de l'échange. — Traité des privilèges et hypothèques.

Henrys. — Œuvres de M. Claude Henrys, conseiller du roi par M. J. B. Bretonnière, avocat au Parlement. Paris, M. DCC. LXXI.

Huc. — Commentaire théorique et pratique du Code civil, t. V et VII. — Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances.

Hureaux. — Traité du droit de succession.

Journal des Notaires.

Journal du Notariat.

Josserand. — Essai sur la propriété collective (Le Code civil, Livre du Centenaire, t. I. p. 357).

Labbé. — Note sous Cass. civ. 14 décembre 1887. S. 1889. 1. 193.— Dissertation à la Revue critique de législation et de jurisprudence, année 1869.

Lapeyrère. — Décisions sommaires du Palais. Dernière édition.

Larombière. — Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des articles 1101 à 1386. Nouvelle édition. Paris, 1885.

Laurent. — Principes du Droit civil, t. X, XXIV.

Lebret. — Note sous Cass. civ., 21 juin 1904. — Pand. fr., 1905, 1, 5.

Lebrun. — Traité des Successions, 5e édition, annotée par le Président Espiard.

Legrand. — Dissertations au Répertoire du Notariat, année 1890, et à la Gazette des Tribunaux, numéros des 18 et 19 octobre 1907.

Loi (La). — Journal judiciaire quotidien.

Louet et Brodeau. — Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris. Lettre H.

Loynes (De). — Note sous Caen, 1er mai 1899. — D. 1900, 2, 49.

Lyon-Caen. — Note sous Cass., Ch. réunies, 4 et 5 décembre 1907. — S. 1908, 1, 5.

Lyon-Caen et Renault. — Traité de Droit commercial, 3e éd., t. III.

Merlin. — Répertoire de Jurisprudence, 5e édition.

Mermod. — Dissertation à la Gazette des Tribunaux, numéro du 25 juin 1905.

Meynial. — Des Interdits quasi possessoires en matière de servitude (Droit romain). — Du Rapport de dettes (Droit français. Thèse, Paris, 1886.

Mourlon — Répétitions écrites sur le Code civil.

Pandectes françaises. — Recueil mensuel de jurisprudence et de législation. — Répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence.

Percerou. — Note sous Lyon, Ch. réunies, 29 mars 1905. — Pand. fr., 1905, 2, 212. — La Liquidation du passif héréditaire en Droit français (Revue trimestrielle de Droit civil, année 1905, p. 535). — La Liquidation du passif héréditaire en droit comparé, spécialement en droit allemand (Revue trimestrielle, même volume, p. 811).

Pilon. — Dissertations à la Revue trimestrielle de Droit civil, années 1905 et 1908.

Planiol. — Traité élémentaire de Droit civil, t. II, 3e édition, et t. III, 2e édition.

Pocquet de Livonnière. — Règles du Droit français. Paris, M.DCC.LXVIII.

Pont. — Eléments de Droit civil français, par Marcadé, continué par Paul Pont (Privilèges).

Pothier. — Œuvres. Edition Bugnet, Paris, 1861.

Rau (Monsieur le Conseiller).— Rapport Cass., 21 janvier 1904, Gaz. des Tr., 1904, 1, 37.

Répertoire général de l'enregistrement et du notariat.

Revue Critique de Législation et de jurisprudence.

Revue trimestrielle de Droit civil.

Ricol La Copropriété en main commune (Gesammte Hand) et son application possible au Droit français (Thèse, Toulouse, 1907).

Sirez. — Lois annotées. — Recueil général des lois et des arrêts.

Tansard. — La Licitation au profit d'un étranger dans ses rapports avec l'effet déclaratif du partage (Thèse, Paris, 1906).

Thézard. — Du Nantissement, des Privilèges et des Hypothèques.

Tissier. — Note sous Cass., 15 janvier 1896. — S. 1896, 1, 497.

Troplong. — Code civil expliqué.

Valette. — De l'Effet ordinaire de l'inscription en matière de privilège sur les immeubles, 2e édition.

Vavasseur. — Dissertation à la Revue pratique de Droit français, année 1870.

Verdelot. — Du Bien de famille en Allemagne et de la possibilité de son institution en France. Thèse, Paris, 1899.

Vigié. — Cours élémentaire de Droit civil français, t. II, 2e édition.

Wahl. — Les Variations de la Jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif de partage (C. civ., art. 883). (Le Code civil.—Livre du Centenaire. t. I, p. 443). — Du Sort des Hypothèques consenties pendant l'indivision vis-à-vis des héritiers créanciers de rapports (Revue trimestrielle de droit civil, année 1906, p. 763). — Note sous Cass., Civ., 17 février 1892. — S., 1894, 1, 417. — Note sous Cass., Req., 30 juillet 1900. — S., 1902, 1, 177. — Note sous Besançon, 15 novembre 1901, et Dijon, 2 décembre 1903. — S., 1905, 2, 89. — Note sous Cass., Civ., 21 juin 1904. — S., 1905, 1, 273.

Zeglicki. — Dissertation à la Revue Critique de Jurisprudence, année 1906.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Variations de la jurisprudence sur la portée de l'art. 883, C. civ. 9

SECTION 1re. — D'où est issue la règle édictée par l'art. 883, C. civ. 10

SECTION 2. — L'effet déclaratif depuis 1804 dans la licitation au profit d'un tiers 14

§ 1er. — Première phase — De 1804 à 1887. 16

§ 2. — Deuxième phase. — De 1887 à 1907. 21

§ 3. — Troisième phase. — 4 et 5 décembre 1907. . 26

PREMIÈRE PARTIE

Le conflit et sa solution devant l'équité

CHAPITRE Ier. — Exposé du problème. 31

§ 1er. — Enoncé. 31

§ 2. — Cas dénués d'intérêt. 33

§ 3. — Cas assimilables au cas type. 34

CHAPITRE II. — Le conflit devant l'équité. 40

§ 1er. — La préférence aux créanciers hypothécaires encouragerait la fraude 40

§ 2. — La préférence aux cohéritiers présente plutôt la préférence aux créanciers hypothécaires un intérêt « social ». 43
§ 3. — L'intérêt du tiers adjudicataire. 52
§ 4. — Autres inconvénients de la préférence aux créanciers hypothécaires. 56

DEUXIÈME PARTIE

Solution du conflit avec l'interprétation étroite de l'art. 883

CHAPITRE Ier. — La théorie de la Cour de Cassation. . 60

CHAPITRE II. — Moyens proposés pour éviter le conflit. 63
Section 1re. — Moyens offerts au père de famille. . . 63
§ 1er.— Partage d'ascendant. 63
§ 2. — Testament. 64
§ 3. — Vente des immeubles. 65
Section II. — Moyens offerts aux cohéritiers. 65
§ 1er.— Privilège du copartageant de l'art. 2103. . . 65
§ 2. — Partager avant de liciter 74
§ 3. — Convenir que le rapport s'effectuera sur la part du débiteur. 79
§ 4. — Licitation entre seuls cohéritiers. 79
§ 5. — Qu'un des cohéritiers se porte adjudicataire. . 80
§ 6. — Prélever l'immeuble lui-même. 81

CHAPITRE III. — Moyens proposés pour solutionner le conflit. 84
Section 1re. — Compensation entre la dette du rapport et les droits du débiteur de rapport. 84
Section 2. — Argument tiré de l'art. 830, C. civ. . . . 88
§ 1er.— Exposé de l'argument. 88

§ 2. — Première objection : Pas de privilège sans texte. Réfutation. 91
§ 3. — Deuxième objection : Les cohéritiers ne prélèvent pas à titre de propriétaires. Réfutation . . . 95
§ 4. — Troisième objection : L'art. 1220 du C. civ. Réfutation. 99
§ 5. — Quatrième objection : Le droit de prélèvement suppose l'effet déclaratif. Réfutation. 104
Section III. — Solution du conflit. 117

TROISIÈME PARTIE

Solution du conflit avec l'interprétation large de l'art. 883

CHAPITRE Ier. — Faut-il étendre la portée de l'art. 883 C. civ. ?. 121
Section 1re. — L'interprétation large de l'art. 883 et les intentions présumées des rédacteurs du Code. . . . 121
Section 2. — Véritable sens de l'art. 883. 124
Section 3. — L'art. 883 s'applique à la licitation au profit d'un tiers parce qu'elle est un acte mixte. . . 126
Section 4. — L'art. 883 s'applique au prix substitué à l'immeuble. 131
§ 1er. — Considérations logiques. 131
§ 2. — La théorie de la « fiction » de l'art. 883 ne l'empêche pas. 133
§ 3. — La théorie de la « subrogation réelle » non plus ne l'empêche pas. 136
Section 5. — L'art. 1220 C. civ. ne s'oppose pas à l'application de l'art. 883. 146
CHAPITRE II. — Solution du conflit. 153
Section 1re. — La solution. 153
Section 2. — Sa valeur. 156
Conclusion 163

ERRATA

Page 8, ligne 8, *au lieu de :* à celle qu'a donnée la Cour ; *lire :* celle qu'a donnée la Cour.

— 46, — 22, *au lieu de :* qu'on me passe l'expression ; *lire :* qu'on nous passe l'expression.

— 47, dernière ligne, *au lieu de :* n'est pas, elle, d'ordre public ; *lire :* n'est pas, lui, d'ordre public.

— 99, § 4, ligne 8, *au lieu de :* sur le fond même ; *lire :* sur le fonds même.

— 171, ligne 22, *au lieu de :* biens du successible ; *lire :* biens du défunt.

— 182, lignes 1 et 2, *au lieu de :* présente plutôt la préférence ; *lire :* présente plutôt que la préférence.